



**Universidad
Continental**

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

**La prohibición del control judicial de la
motivación del laudo arbitral que resuelve
conflictos de las contrataciones del estado, y su
incidencia sobre el estado constitucional de
derecho, en el Perú**

Carlos Enrique Castro Torres

Huancayo, 2016

Tesis para optar el Título Profesional de
Abogado



Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

A mi familia, maestros y amada.

ASESOR DE TESIS:

Abog. Luis Miguel Mayhua Quispe.

"Cuando la arbitrariedad y la ilegalidad se atreven a levantar la cabeza con insolencia e impudicia, es siempre un signo seguro de que los llamados a defender la ley no han cumplido con su deber".

RUDOLF VON IHERING

AGRADECIMIENTOS

La presente investigación nace con el entusiasmo de proveer a la comunidad universitaria y a quienes agoten con espíritu crítico las páginas de este trabajo, el aporte teórico y doctrinario, dando el paso para justificar o guiar el cambio que merecen nuestras instituciones jurídicas.

Agradezco primeramente a mi jurado, quienes desde la revisión del presente trabajo y sus críticas constructivas hanme nutrido fructíferamente hacia la siempre valorada mejora.

Agradezco a quienes fatiguen el contenido del presente trabajo, pues tiene la noble finalidad de significar un aporte a nuestra doctrina y al acervo del lector siempre ávido a conocer más de lo que se ha escrito sobre los asuntos arbitrales.

Agradezco al profesor Luis Miguel Mayhua Quispe, por su ayuda siempre interesada en el desarrollo académico de todos quienes le conocen y rodean, por su amistad sincera, y por compartir las experiencias y los libros que construyen el presente trabajo.

Agradezco a Carlos Enrique Corazón Arévalo, amigo a quien le debo el impulso siempre renovado y constante para el avance de la presente tesis, por sus consejos y auxilio siempre para alcanzar el objetivo cuyo goce le comparto.

A mi familia, esposa e hijo Aarón.

Huancayo, Junio del 2015.

SUMARIO

La presente investigación titulada: “*La Prohibición Del Control Judicial De La Motivación Del Laudo Arbitral Que Resuelve Conflictos De Las Contrataciones Del Estado, Y Su Incidencia Sobre El Estado Constitucional De Derecho, En El Perú.*”, es un trabajo que busca partiendo de las bases filosóficas y desde la argumentación jurídica la descripción pormenorizada del fenómeno arbitral de derecho que se avoca a conocer los conflictos contractuales del estado peruano cuando contiene con los contratistas y solventar razones jurídicas que permitan establecer la advertencia que la prohibición del control judicial de la motivación de los laudos arbitrales de derecho que resuelven conflictos de las contrataciones del estado (LADCE), Afecta principios que orientan el Estado Constitucional de Derecho, atenta contra los intereses del estado y afecta negativamente el derecho constitucional a la debida motivación que goza el Contratista.

El objetivo principal del presente trabajo investigativo, es demostrar las afectaciones e incidencias negativas que pesan sobre el estado constitucional de derecho, los intereses contractuales del estado y el derecho constitucional de la debida motivación que se dan en materia de los conflictos de las contrataciones del estado.

En esta investigación se han utilizado los métodos del análisis síntesis, el método de la dogmática jurídica y la argumentación jurídica del discurso racional, desde la perspectiva iusfilosófica constitucional y pragmática, teniendo por finalidad la no manipulación de las variables participantes pues el presente trabajo constituye una investigación eminentemente dogmática jurídica positivista y del neoconstitucionalismo.

Carlos Enrique Castro Torres
Huancayo, Junio del 2015.

SUMARIO

This research entitled ". The prohibition of judicial review of the arbitral award motivation Solve Conflict Of contracting, and their impact on the constitutional rule of law in Peru," is a work that seeks the basis of the philosophical and legal arguments bases from the detailed description of the phenomenon of law Arbitration proceedings opened to meet contractual disputes when Peruvian government contend with contractors and solve legal reasons to establish warning that the prohibition of judicial control of motivation arbitral awards of law resolving conflict of state procurement (LADCE) affects principles that guide the constitutional rule of law, against the interests of the state and undermines the constitutional right to due motivation enjoying the Contractor.

The main objective of this research work is to demonstrate the effects and negative impacts that weigh on the constitutional rule of law, contractual interest of the state and the constitutional right of due motivation that occur on conflicts of state procurement .

This research used the methods of analysis synthesis method of legal doctrine and legal arguments of rational discourse, from the constitutional and pragmatic legalphilosophical perspective, having for handling non end participating variables for this study is a eminently dogmatic neoconstitutionalism legal positivist and research.

Carlos Enrique Castro Torres
Huancayo, Junio del 2015.

PRECONCEPCIÓN FILOSÓFICA DEL EXPONENTE: (DEBER DE REVELAR).

La preconcepción filosófica del exponente es necesaria para comprenderle en el decurso armónico de su tesis¹ y conocerlo por sus creencias y manifestaciones de su pensar general respecto de su visión de la realidad que concibe.

IDEALISMO, NEOVITALISMO Y PRAGMATISMO.

La razón dicta la inteligibilidad de lo que percibo del mundo que lo advierto ordenado y universo que me informa cosmos y no caos, pienso en cómo se creó la naturaleza, en el orden que presiento en nuestro planeta, las leyes que gobiernan a los animales, las plantas, a lo orgánico e inorgánico, solo puedo acercarme con menos temor a la teoría de la inmanencia², cuando en la necesidad de explicarme las esencias últimas de mi derredor recurro a la Ontología, ergo puedo aceptar que lo que se representa en mi actividad sináptica o lo que aprehendo en mi sensación consciente y racional,² es todo inteligible para mí, veo un orden preestablecido del que estoy maravillado, lo que supongo un hacedor de ese orden y ese cosmos, me distingo un ser que piensa, no producto del azar, sino el resultado de la evolución dirigida inmanentemente por una fuerza eficiente o entelequia, tal como la teoría

¹ En JACQUES, MONOD, "el azar y la necesidad" 1ra Edición, Barral Editores. Barcelona 1970, (Prólogo) El filósofo y científico Premio Nobel de Fisiología y Medicina reseña algo que es interesante y justificativo para los trabajos investigativos. ***"Tengo una sola excusa que considero, sin embargo, legítima: el deber que la actualidad impone a los hombres de ciencia de pensar su disciplina en el conjunto de la cultura moderna para enriquecerla así, no solo con importantes conocimientos técnicos, sino con ideas arraigadas en su ciencia particular que puedan considerarse humanamente significativas."***

² En MIGUEL VILORRO TORANZO, ***Lecciones De Filosofía Del Derecho - El Proceso De La Razón Y El Derecho***, 1ra Edición, Editorial Porrúa SA México 1973, Pg 8: el profesor enseña que "Es evidente que una cosmovisión racionalista tiene que contemplar el mundo como algo ordenado, algo que se puede conocer por la razón. En segundo lugar, hay diferencias entre la explicación de la naturaleza de ese orden, que varían entre la inmanencia absoluta y la imposición radical de ese orden desde fuera."

Jacksmonodiana no concibo la evolución sino que atiende a un objeto en el devenir de cada proceso “*teleonómico y de morfogénesis autónoma*”³ que se realiza en la vida biológica, asiento mi acercamiento al neovitalismo⁴, preciso decir quién soy

² En **BARUCH SPINOZA, ETICA, titulo original “Ethica Ordine Geométrico”** 1ra Edición, Editorial R.B.A. Proyectos Editoriales S.A. 1984, Pg 45: el filósofo escribe “*Todo lo que es, es en Dios y debe ser concebido por Dios, y así Dios es causa de todas las cosas que son en Él mismo, lo que forma el primer punto. Fuera de Dios no puede ser dada ninguna sustancia, es decir, ninguna cosa que sea en si misma, lo que era el segundo punto. Dios es, pues, causa inmanente y no transitiva de todas las cosas.*”

como un punto consciente actuando en un sistema energético material en equilibrio, que admite a Dios como fundamento de su ente y además del imperativo categórico in situ de mi consciencia interna, impronta de cuando atiendo a la virtud natural homomoralis y a las experiencias de mi razón práctica desde el agnosticismo que no niega la existencia de un Ser Supremo, sino la imposibilidad de probar empíricamente su estar, en éste sentido me hallo creyente cuando respondo sobre mi consciencia sobre la vinculación entre la naturaleza y el espíritu (desde la perspectiva de la tradición teísta judeocristiana⁶), cuestiones primarias de la filosofía sobre la cognoscibilidad del sujeto respecto de categorías como el materialismo e idealismo, me inclino por este último sin perjuicio de la importancia de la experiencia

³ En **JACQUES, MONOD, “el azar y la necesidad. Ensayo sobre la filosofía Natural de la Biología Moderna”** 1ra Edición, Barral Editores. Barcelona 1970, el filósofo y científico, menciona que “Estos fenómenos, prodigiosos por su complejidad y su eficacia en la realización de un programa fijado de antemano, imponen evidentemente la hipótesis de que son guiados por el ejercicio de funciones de algún modo ‘cognitivas’” (p. 70) “es imposible imaginar una experiencia que pudiera probar la *no existencia* de un proyecto, de un fin perseguido, en cualquier parte de la naturaleza” (p. 31).

⁴ En **MIGUEL ALEXANDROVICH DYNNIK, Historia De La Filosofía Del Derecho-Desde La Revolución Socialista Hasta Nuestros Días**, 1ra Edición, Editorial GRIJALBO SA. México, 1963, Tomo VII, Pg 307: Dynnik, reconociendo los aportes de Alois Wenzl y Hans Druesch sobre la insuficiencia del mecanicismo y determinismo vital, Dynnik explica apunta aunque discrepando con los precitados que: “*la gestación de lo vivo sin hablar de lo espiritual, por los átomos únicamente es imposible, nosotros debemos postular la presencia en el organismo de*

sensible material, de ahí mi apego al pragmatismo Bergsoniano y el propugnado por el profesor Charles Sanders Peirce.

Todo lo precedente resulta identificador para la justificación de la armonía que pretendo en el desarrollo de las corrientes iusfilosóficas a las que se adscribe la presente Tesis, partiendo desde el “deber de revelar” de mis preconcepciones filosóficas que debo como exponente de este trabajo, familiarizándonos de paso, con una práctica en el arbitraje que consiste en exigir al árbitro el precisar o revelar información relevante de sí, antes de asumir un caso y que constituye también una diligencia de los justiciables del arbitraje el buscar información al elegir el Árbitro que resolverá su conflicto.

una fuerza vital, entelequia que no obstante no se contradice con las leyes fisicoquímicas de la vida.”

⁶ En DYNNIK, Miguel *Historia De La Filosofía Del Derecho-Desde La Revolución Socialista Hasta Nuestros Días*, 1ra Edición, Editorial GRIJALBO SA. México, Barcelona, Buenos Aires 1963, Tomo VII, Pg 69: Dynnik, citando a Maurice Blondel escribe “*En su ontología dinámica el ser , el pensamiento y particularmente la acción aparecen como las formas vinculativas esenciales (...)es decir del hombre efímero y del Dios omnipotente. Desde el punto de vista, lo trascendente es inmanente al espíritu humano gracias a la acción.*”

INDICE

PORTADA	
DEDICATORIA	
ASESOR	
AGRADECIMIENTOS	
SUMARIO	
ABSTRACT	
PRECONCEPCIÓN FILOSÓFICA DEL EXPONENTE.	
IDEALISMO RACIONALISTA, NEOVITALISTA Y PRAGMATICO.	
INDICE	

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OBJETIVOS HIPÓTESIS Y RESEÑA METODOLÓGICA.

1.1	PLANTEAMIENTO DE ESTUDIO	23
1.1.1	DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO.....	23
	a) DELIMITACION ESPACIAL.....	23
	b) DELIMITACION TEMPORAL.....	23
1.2	PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	24
1.2.1	PROBLEMA PRINCIPAL.....	34
1.2.2	PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	34
1.3	OBJETIVOS.....	35
1.3.1	OBJETIVO PRINCIPAL.....	35
1.3.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	35
1.4	JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	36
1.4.1	JUSTIFICACIÓN ACADÉMICA.....	36
1.4.2	JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA.....	36

1.4.3	JUSTIFICACIÓN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA OPERATIVA.....	36
1.4.4	JUSTIFICACIÓN SOCIAL.....	37
1.5	HIPÓTESIS.....	38
1.5.1	HIPÓTESIS PRINCIPAL.....	38
1.5.2	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	38

CAPITULO II

MARCO TÓRICO. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

2.1	ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	40
2.1.1	ANTECEDENTE LOCAL.....	40
2.1.2	ANTECEDENTE NACIONAL.....	42
2.1.3	ANTECEDENTE INTERNACIONAL.....	51

CAPITULO III

MARCO TÓRICO. PROLEGÓMENOS CONCEPTUALES, DOGMÁTICOS Y FILOSÓFICOS DEL DERECHO UTIL AL ARBITRAJE.

3.1	HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO COMO UNA DISCIPLINA SOCIOTECNOLÓGICA APLICATIVA.....	53
3.1.1	EL DERECHO, TEORÍA PARA DESENTRAÑAR SU INSTRUMENTALIDAD Y PRAGMATICIDAD PARA APLICARLO AL ARBITRAJE DE DERECHO.....	55
3.1.1.1	EL POSITIVISMO FILOSÓFICO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO.....	56
3.1.1.2	EL POSITIVISMO JURÍDICO Y SU PROPOSITO CIENTIFICO A LA LUZ DE LA TRADICIÓN	

EPISTEMOLÓGICA DEL EMPIRISMO LOGICO.....	62
3.1.1.3 EL POSITIVISMO JURÍDICO KELSENIANO, PRETENSIÓN CIENTIFICA A LA LUZ DEL NEOPOSITIVISMO FILOSÓFICO.....	66
3.1.2 EL DERECHO, TEORÍA QUE LO ENTIENDE COMO UNA SOCIOTECNOLOGÍA PRÁCTICA Y UTIL.....	71
3.1.2.1 LA DISCIPLINA DEL DERECHO COMO TECNOLOGÍA SOCIAL EN MARIO BUNGE Y LA TÉCNICA EN ORTEGA Y GASET.....	72
3.1.2.2 EL DERECHO COMO UNA TÉCNICA SOCIAL EN KELSEN-	77
3.1.2.3 EL DERECHO COMO UNA COMPLEJA DISCIPLINA SOCIOTECNOLÓGICA Y EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO PLEXO NORMATIVO INSTRUMENTAL.....	83
3.1.3 EL DERECHO Y EL IUS POSITUM A LA LUZ DEL PRAGMATISMO UTIL AL ARBITRAJE DE DERECHO.....	84
3.2 CONTRIBUCIÓN DEL IUSNATURALISMO Y EL IUS POSITUM AL DERECHO APLICADO.....	90
3.2.1 EL DERECHO EN LA FILOSOFÍA IUSNATURALISTA.....	90
3.2.2 EL APORTE DEL IUSNATURALISMO AL IUS POSITUM INSTRUMENTAL.....	95
3.2.3 EL AGNOSTICISMO DE KELSEN SOBRE LA MORALIDAD DEL DERECHO Y LA FORMULA DE RABDRUCH.....	100
3.2.4 EL DERECHO, ESENCIA Y EXISTENCIA, REALIZACIÓN Y UTILIDAD PRÁCTICA AL ARBITRAJE DE DERECHO.....	102
3.3 LOS DISTINGOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS DEL DERECHO PUESTO.....	103
3.3.1 LAS REGLAS DE HERBERT HART EN LA PRÁCTICA JUDICIAL.....	104
3.3.2 LA NORMA MATERIAL Y LA NORMA PROCESAL.....	106
3.3.3. LA JERARQUIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE	

LA NORMA LEGAL.....	109
3.4 NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHO.....	110
3.4.1 LA NORMA CONSTITUCIONAL.....	111
3.4.2 LAS NORMAS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS	
3.4.3 NORMAS CONSTITUCIONALES PRIMARIAS Y	
SECUNDARIAS.....	116
3.4.4 LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y LA CONSTITUCIÓN.....	119
3.5 EL DERECHO ARBITRAL.....	121
3.5.1 ARBITRAJE CONFLICTO DE INTERESES Y	
HETEROCOMPOSICIÓN.....	121
3.5.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE.....	123
3.5.2.1. TESIS CONTRACTUALISTA.....	125
3.5.2.2. TESIS JURISDICCIONALISTA O PROCESALISTA.	
3.5.2.3. TESIS MIXTA O HIBRIDA.....	130
3.5.2.4. TESIS AUTÓNOMA.....	130

CAPÍTULO IV.

MARCO TÓRICO.

IV DESCRIPCIÓN DE LAS VARIABLES QUE INTERVIENEN EN LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN JURIDICA Y FACTICA DEL LAUDO ARBITRAL QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.

4.1. DESCRIPCION DEL DERECHO ARBITRAL PERUANO QUE RESUELVE	
LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL	
ESTADO.....	134

4.1.1 LA TEORÍA AUTÓNOMA Y EL ARBITRAJE QUE RESUELVE LOS COFLICTOS CONTRACTUALES DEL ESTADO PERUANO.....	135
4.1.2. EL ARBITRAJE DE DERECHO PERUANO Y SU MANIFESTACIÓN JURISDICCIONAL.....	135
4.1.3 EL ARBITRAJE PERUANO Y SU MANIFESTACIÓN COMO SISTEMA PROCESAL.....	138
4.1.3.1 LA PRUEBA EN LA LEY DE ARBITRAJE PERUANO Y SU IMPORTANCIA PARA EL CONTROL DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LOS (LADCE).....	140
4.1.4 EL ARBITRAJE DE CONCIENCIA Y DE DERECHO EN LA LEY DE ARBITRAJE Y EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO PERUANO.....	143
4.1.4.1 ARBITRAJE DE CONCIENCIA COMO MANIFESTACIÓN NEGOCIAL DEL ARBITRAJE.....	143
4.1.4.2 EL ARBITRAJE DE DERECHO EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO.....	145
4.1.5 LA MATERIA SUCEPTIBLE DE ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO.....	140
4.1.6 EL LADCE DEBE SER MOTIVADO.....	153
4.1.7 IRREVISIÓN DE LA MOTIVACIÓN JURIDICA Y FACTICA DEL LAUDO ARBITRAL DE DERECHO QUE DECIDE SOBRE	

LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO.....	155
4.1.8 RESUMEN DESCRIPTIVO DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS CONTRACTUALES DEL ESTADO PERUANO.....	157
4.2 DESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO EN EL PERÚ.	159
4.2.1 CARACTERES ADMINISTRATIVOS Y DE PODER DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO EN EL PERÚ.....	160
4.2.2 LAS PARTES O CENTROS DE INTERÉS DE LA RELACIÓN JURÍDICA CONTRACTUAL CON EL ESTADO.....	162
4.2.3 EL OBJETO DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA IMPORTA AL INTERÉS SOCIAL Y DECIDE SOBRE LOS RECURSOS DEL ESTADO.....	164
4.3 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.....	167
4.4 LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, ADMINISTRATIVAS Y DE CONFLICTOS ENTRE PRIVADOS Y SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL.....	173
4.4.1 SUPUESTOS DE RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, Y SU TRATAMIENTO DOCTRINARIO RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES ARBITRALES EN MATERIA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.....	179

4.5	LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL O REVISION DE LA MOTIVACIÓN JURÍDICA Y FÁCTICA DEL LAUDO ARBITRAL DE DERECHO QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (LADCE)..	184
4.5.1	¿CONTRA QUIÉN ESTÁ DIRIGIDA LA PROHIBICIÓN DE LA REVISIÓN O CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE?.....	185
4.5.2	LOS ALCANCES DE LA PROHIBICIÓN DE LA REVISIÓN O CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE.....	186
4.5.3	LA PROHIBICIÓN DE LA REVISIÓN DE LA MOTIVACIÓN DE LOS LADCE EN EL PERÚ Y LA LIBERTAD DE CONTRATAR COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	188
4.5.4	LA SUPUESTA RENUNCIA AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN, SOMETIMIENTO DE LA POSTURA DEL PROFESOR ALFREDO BULLARD ANTE EL ANÁLISIS JURÍDICO CONSTITUCIONAL.....	191
4.6	LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN DEL LADCE, Y LA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, A LA LUZ DE LA ESTRUCTURA DE LA <i>PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS</i>	202
4.6.1	SOBRE EL JUICIO DE ADECUACIÓN.....	203
4.6.2	SOBRE EL JUICIO DE NECESIDAD.....	206
4.6.3	SOBRE EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD.....	207

4.7 LOS ALCANCES PROCESALES Y EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN MATERIA ARBITRAL RECAIDA EN EL EXPEDIENTE N° 00142-2011-PA/TC.....208

4.8. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL O REVISIÓN DE LA LEGALIDAD DEL PROCEDER RAZONADO DEL LAUDO EN EL PERÚ A LA LUZ DEL TRABAJO ESTADÍSTICO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....215

4.8.1 LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL CONTROL DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LADCE'S CONTRARIOS A DERECHO PARA ENRIQUECER INTERPETACIONES ESTADÍSTICAS COMO LA MEDICIÓN ABORDADA EN EL TRABAJO DE LA CGR.....215

4.8.2 SOBRE LOS PROCESOS ARBITRALES PERDIDOS POR EL ESTADO EN EL TRABAJO ESTADÍSTICO DE LA CGR.....220

4.8.3 SOBRE LAS CONCLUSIONES DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO REALIZADO POR LA CGR.....225

4.8.4 SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA TRANSGRESIÓN AL DEBER DE MOTIVAR COMO CAUSAL TASADA EN LA LEY DE ARBITRAJE, ABORDADA EN EL TRABAJO DE LA CGR.....228

CAPÍTULO V

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

5.1 METODO DE LA INVESTIGACIÓN.....	231
5.2 TIPO Y ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN.....	232
5.2.1. NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN.....	232
5.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	232
5.4 POBLACIÓN Y MUESTRA.....	232
5.5 VARIABLES.....	233
3.5.1. VARIABLE 1:.....	233
5.5.1.1 VARIABLES 2:.....	233
5. 5.1.2. VARIABLES INTERVINIENTES:.....	233
5.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	
5.6.1. BIBLIOGRÁFICA Y/O DOCUMENTAL :.....	233

CAPÍTULO VI.

RESULTADOS.

CONFIRMACIÓN Y VERIFICACIÓN DOGMÁTICA Y DIALECTICA DE LAS HIPÓTESIS Y TOMA DE POSTURA CON RELACIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN JURIDICA Y FACTICA DEL LAUDO ARBITRAL DE DERECHO QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (LADCE) Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.

6.1 LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE, CONTRADICCIÓN (COMO IMPLICANCIA NEGATIVA) RESPECTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.....	236
6.2 LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE, ATENTA CONTRA LOS INTERESES PÚBLICOS CONTRACTUALES DEL	

ESTADO EN EL PERÚ (IPCEP).....	240
6.3 LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE, ATENTA CONTRA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS PARTES A UNA DEBIDA MOTIVACIÓN.....	242

CAPÍTULO VII.

7.1 CONCLUSIONES.....	24
7	
7.2 RECOMENDACIONES	248
7.3 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	250
7.4 ANEXOS.....	261

CAPITULO I

PANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y RESEÑA METODOLÓGICA.

CAPITULO I

PANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, OBJETIVOS, HIPÓTESIS Y RESEÑA METODOLÓGICA.

1.1 PLANTEAMIENTO DE ESTUDIO

El planteamiento de estudio está dividido en dos subtítulos, la delimitación espacial y temporal del estudio y el segundo y más importante desarrolla la problematización del objeto del estudio planteado.

1.1.1 DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

El presente trabajo se centra en la determinación de aquella incidencia o afectación que tiene lugar la prohibición del control de la debida motivación de los laudos arbitrales, sobre el principio constitucional del derecho a la debida motivación de las resoluciones que dictan y realizan el derecho vigente en un estado de derecho como el peruano, afectación que ha sido causada por el Artículo 62 numeral 2) de la ley de arbitraje Dec Leg N° 1071 que establece una prohibición expresa de controlar la debida motivación jurídica de Las resoluciones arbitrales que laudan sobre los intereses del estado y que pesa bajo responsabilidad sobre los jueces de la sala civil o de las salas que conocen en vía de acción la anulación de las resoluciones arbitrales que deciden sobre los recursos del estado, es decir deciden sobre los fondos públicos y sobre los legítimos intereses de los contratistas.

a) DELIMITACIÓN ESPACIAL.

El ámbito en el cual se ha desarrollado la investigación comprende la competencia territorial jurisdiccional del Perú, pues se trabaja sobre la Ley Peruana de Arbitraje así como los pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú y el desarrollo sobre la idea del Estado Constitucional de Derecho.

b) DELIMITACIÓN TEMPORAL.

El espacio temporal en el cual se ha desarrollado la investigación comprende su iniciación el mes de mayo del 2014 hasta el mes de Abril del 2016.

1.2 PLANTEAMIENTO Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Nuestro país, ha optado por un modelo constitucional que se construye sobre la base de la idea de un Estado Constitucional de Derecho, esto supone tomar al derecho objetivo vigente, aplicable y controlable como aquel instrumento de desarrollo de las políticas de gobierno, y que además importa una limitación del poder mismo del estado. El Estado de Derecho garantiza así desterrar la arbitrariedad para constituirse en un estado donde la Constitución, el Ordenamiento jurídico positivo, tanto como los principios que los subyace están sobre el estado y los privados al que le deben su sometimiento y aplicación debidamente motivada.

La teoría del Estado Constitucional de Derecho, subyace con el soporte jurisprudencial desarrollado por el propio Tribunal Constitucional así como en los trabajos de la doctrina, donde expresa con categoría que tal concepto es universalmente aceptado en nuestra cultura jurídica, el Estado Constitucional de Derecho no es un principio sino más bien una manera de comportarse de la autoridad, la expresión soporta el criterio que el poder público y el poder delegado respeta la legalidad existente. Por tanto es una calificación que se funda en que el derecho objetivo vigente es imperativo y debe ser cumplido garantizado y controlado, así lo han dejado establecido sendas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, consolidando la idea de la interdicción de la arbitrariedad o libertad descontrolada del ejercicio del poder incluyendo el destierro del ejercicio arbitrario y descontrolado de las decisiones jurídicas de quienes administran decisiones que deben ser fundadas en el derecho objetivo

vigente, más aún cuando sus resoluciones decidirán sobre los intereses del propio Estado.

Desarrollado el contexto peruano en relación al concepto e implicancias que supone un Estado Constitucional de Derecho, practicamos la intervención del estudio de la contratación pública atendiéndola como una manifestación del poder⁵ instrumental de la función administrativa del estado para la realización de valores y fines⁶ programáticos, esto constituye una actividad que compromete el tráfico y utilización de los fondos públicos así como los bienes del estado que importan al interés social, por lo que lo colocamos en el desarrollo problematizador de éste apartado como las variables relevantes tanto el control del derecho de los Laudos que afectarán los fondos públicos así como el derecho constitucional del contratista a una resolución fundada en derecho.

Es ya oportuno explicar que la única vía de solución de los conflictos devenidos de las contrataciones del estado, es la vía arbitral. El arbitraje según su tratamiento constitucional es distinguido como un mecanismo alternativo para resolver conflictos de intereses y que tiene instaurado ser un equivalente jurisdiccional, lo que lo faculta al ejercicio de un poder deber de impartir derecho, más habiéndose desarrollado el concepto del Estado de Derecho, éste último debe ser aplicado a los casos concretos que conoce también el arbitraje, debe de exigirse que sea ejercido no a extramuros del derecho objetivo, y para limitar

⁵ Al abordar el tema de la relación del Poder y la contratación pública, el ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (OSCE) en el Perú, ha sostenido que al participar en la contratación pública debemos ser conscientes que estamos en contacto con el Poder y ello implica una diferencia radical con los contratos privados. En tal sentido, el diseño de un régimen contractual no puede descuidar el tema público y no puede descuidar la finalidad última del Poder. Así el OSCE, en el Artículo bajo la subtítulo **La ubicación de los Contratos de la Administración Pública dentro del fenómeno del Poder. En** <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/blog-post.html>

⁶ El OSCE, al enseñar sobre el carácter instrumental del contrato de la administración precisa que, el Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental, es uno de los medios de que se vale la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines. Es decir,

el uso abusivo de la discrecionalidad de tal poder deber, debe garantizarse al arbitraje proveyéndole de un mecanismo de control de la motivación jurídica de sus Laudos ya que implican resoluciones que afectarán derechos inmediatos disponibles, derechos fundamentales indisponibles y situaciones jurídicas de las partes en conflicto, quienes al optar por un “Laudo de derecho” tendrán la expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos en el marco de un Estado de Derecho Peruano, y que por todo lo contrario, al no existir un control sobre lo decidido jurídico o factualmente por los árbitros en el contenido de sus laudos, implica que el árbitro conocedor que existe una prohibición de revisar judicialmente sus decisiones, se sabe blindado y se sabría libre de decidir inaplicando el derecho vigente, habida cuenta que goza de la inexistencia del control judicial sobre lo que decida, y esto importaría un permiso libre a inaplicar el derecho vigente a los casos en concreto que conocen, lo que supone la posibilidad latente del ejercicio de un poder deber

está justificada su existencia como medio para el cumplimiento de los objetivos de la Función Administrativa, en el Artículo bajo la subtítulo. **Carácter instrumental del Contrato de la Administración Pública.** En <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/blog-post.html> incontrolable, supuesto que contradice el Estado Constitucional de Derecho y los principios constitucionales.

Dada la relevancia de la irrefragable necesidad de la contratación pública, a ésta se la ha proveído de un marco legal especial⁷ que es La Ley de

⁷ Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el marco constitucional de las contrataciones estatales, previsto en el artículo 76° de nuestra Carta Magna, señalado lo siguiente: “La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.” **En el Exp. N° 01442-2008-PA/TC.**

Contrataciones del Estado, norma especializada aplicable a las relaciones jurídicas nacidas en virtud de la importancia de la contratación estatal, cuyos alcances implican los lineamientos a seguir y el proceso del destino de los fondos públicos, para las contrataciones de bienes, servicios y obras, habida cuenta que las contrataciones del estado constituyen una zona crítica de la administración pública, pues tal actividad maneja el tráfico de los recursos, es decir, bienes, servicios, obras u otros del que se vale la organización pública para cumplir con sus fines establecidos, que como metas, el Estado hace posible el funcionamiento de sus actividades para con la sociedad y para con su propio desarrollo, se destaca así la importancia de los contratos de la administración pública, pues tienen por fin inherente, la realización de un objeto que importa al interés social y que se solventa con fondos públicos.

En la otra parte de la relación jurídica de las contrataciones del estado, se encuentra el Contratista, quien soporta las situaciones jurídicas pasivas pues pesa sobre él, el cumplimiento de la prestación, el obligo, el deber para con el Estado y en virtud de la relación obligatoria, el Contratista se constituye también en la parte importante de cooperación para los fines e intereses del estado ya que al constituirse en sumisión a los contratos de la administración pública y aceptar las condiciones impuestas, cumple con satisfacer con sus recursos privados y finanzas, las prestaciones que sirven al poder público y que luego son pagados con fondos del estado, entonces se encuentra ante el ejercicio de una majestad de poder, que debería ejercerse desprovista de cualquier situación que se manifieste en un ejercicio abusivo que desnaturalice las garantías mínimas que conforman los derechos consustanciales de las personas en el marco de un estado constitucional de derecho. Así encontramos en la otra parte de la contratación del estado al contratista con sus propios intereses pero que también coadyuvan a realizar con su trabajo y recursos, los intereses públicos del estado de ahí que su tratamiento debe de enmarcarse dentro de una esfera garantista a sus derechos en calidad de parte débil de la relación contractual con el Estado.

Ahora bien, los contratos de la administración pública⁸ en materia de adquisición de bienes servicio y obras, están expuestos a sufrir vicisitudes de distinta naturaleza que puedan afectar su vigencia, su eficacia estructural como funcional u otras, para lo cual la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante “la LCE”), ha prescrito que al verificarse estas vicisitudes o controversias respecto de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, nulidad o invalidez del contrato, éste debe resolverse mediante Conciliación o Arbitraje, tal es así que señala, numerales adelante, que el Arbitraje debe ser de Derecho, mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, la norma especial aplicable como las otras de derecho público y privado; precisa también la LCE, que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral que conocerá de los conflictos derivados de las contrataciones del estado, deben ser necesariamente abogados, y respecto de los Árbitros, establece que incurren en responsabilidad por causas como la falta de notificación o publicación a la Página del SEACE (Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado) o por no poner de conocimiento oportuno de circunstancias que importen causales de recusación entre otros. Vale precisar e inquirir que respecto de la responsabilidad del árbitro, o para la nulidad del laudo no se encuentra previsto como causal la violación al debido proceso (material), tampoco se menciona la observancia al principio de la debida motivación de los laudos arbitrales de derecho, por todo lo contrario, lo que si previó la Ley de Arbitraje es la prohibición expresa a los jueces que conocen el Recurso de Anulación del Laudo, de pronunciarse sobre las motivaciones del

⁸ De la definición señalada se infiere que el concepto de Contrato de la Administración Pública comprende como elemento subyacente la noción genérica de Contrato, pero incorpora como especificidad y componente distintivo el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública, es decir, una entidad que, ejerciendo función administrativa en una de las modalidades de ésta función (acción de contratar administrativamente) establece un vínculo contractual con una o más personas privadas y/o con una o más entidades de la Administración Pública. En el Artículo publicado por el curso de contratación pública por el OSCE bajo la subtítulo. **El concepto sugerido sobre el Contrato de la Administración Pública. En** <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/blogpost.html>

laudo, prescindiendo tal vez, tutelar los derechos, garantías y principios que informan la actividad jurisdiccional, pues nos encontraríamos ante una Resolución arbitral que creará autoridad de cosa juzgada sobre obligaciones, imposición de sanciones, decidirá el destino y tráfico de los recursos del Estado, esto es decir, afectará las situaciones jurídicas de las partes⁹ sometidas a su decisión, entre ellas los intereses del Estado así como los derechos de los privados que contratan con él.

Por lo denotado en párrafo anterior, la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) nos otorga unas normas que suponen ciertas garantías cosméticas en cuanto a la seguridad de la debida aplicación del derecho cuando se trate de solución de conflictos de las contrataciones del estado en sede arbitral, sin embargo en un proceso arbitral, donde es de aplicación el DL N 1071, donde se celebró un convenio arbitral formal, se notificó válidamente a las partes, se compuso el tribunal arbitral acorde a lo pactado por las partes, la materia arbitral sobre la que decidió correspondía a derechos disponibles, se ejerció la debida defensa en proceso y se laudó dentro del plazo decidiendo dentro de los extremos de la pretensión, pero sin embargo ¿Qué sucede si el Laudo Arbitral resuelve el conflicto sin aplicar el derecho vigente, o si incurre en flagrante incongruencia jurídica o fáctica? ¿Con qué garantía contamos contra la aplicación de una norma derogada o contra un laudo que transgreda el principio de no contradicción, razón suficiente u otras formas de agresión a la debida motivación de las resoluciones judiciales, administrativas o de conflictos entre privados? ¿Cómo podríamos superar transgresiones de motivación como la motivación aparente, de falta de motivación interna del razonamiento, las

⁹ Por lo tanto, cuando se habla de los contratos públicos tiene que hablarse de todo este grupo de interesados. No se puede legislar únicamente pensando en la relación entre la entidad contratante y el contratista; hay que pensar en los efectos de cada artículo respecto de la ciudadanía, respecto del destinatario, respecto de la gestión pública, respecto del sector privado, respecto del control, respecto de la lucha anticorrupción, respecto del mejoramiento continuo del sistema y respecto de cada actor y centro de interés, En el Artículo del curso del OSCE bajo la subtítulo. **El concepto sugerido sobre el Contrato de la Administración Pública.** En <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/blog-post.html>

deficiencias en la motivación externa, de motivación insuficiente o su variante cercana, de motivación sustancialmente incongruente? La ley de Arbitraje ha prescrito como respuesta, blindar al Laudo de Derecho que resuelve sobre las contrataciones del estado, estableciendo como único medio para impugnar el Laudo al recurso de anulación (derogando el recurso de apelación), ha desprovisto como causal para el Recurso de Anulación la transgresión a la debida motivación o el debido proceso material, y además ha prohibido bajo responsabilidad a la sala que conocerá la anulación, de pronunciarse respecto de la motivación del Laudo.

Esto último constituye una imposibilidad de controlar las motivaciones fácticas ni jurídicas del Laudo arbitral de derecho, y por ende, controlar la debida aplicación del derecho vigente en la solución de conflictos que se sometan al arbitraje y como inferencia nos encontramos en que la Ley de Contrataciones del Estado habría abandonado los intereses públicos contractuales del estado y el derecho constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales, administrativas y entre privados a un mecanismo de solución de conflictos que está desprovista del control judicial de la debida motivación, situación que genera un problema de estudio en el que pone como factores dependientes los derechos de las partes a una resolución motivada tal como lo prescribe nuestra carta fundamental en el Artículo 139° incisos 3) ¹² y 5) ¹³, ya que habría entregado los intereses públicos contractuales del estado sujeto a la discrecionalidad del árbitro decisor, y principalmente se advierte que la prohibición del control judicial de los laudos también ha excedido al Artículo 142 de Nuestra Carta Política creando una zona invulnerable de discrecionalidad, cuyo análisis y necesaria conclusión son razones más que suficientes para promover una investigación jurídica cuyos nobles fines pretende abonar a una solución tentativa de tamaño problema.

¹² Como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal en más de una oportunidad, el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3º de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos. **Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 03891-2011-PA/TC**

¹³ El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que la administración exprese las razones o justificaciones objetivas que la lleva a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

En todo Estado constitucional y democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional. **Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 03891-2011-PA/TC**

En este sentido planteamos con solidez nuestro problema principal así como los problemas específicos de la siguiente manera:

1.2 PROBLEMA PRINCIPAL:

- *¿De qué manera, la prohibición del control judicial de la motivación del laudo *arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del Estado, incide sobre el Estado Constitucional de Derecho en el Perú?**

2.2.1 PROBLEMAS ESPECÍFICOS:

- ¿De qué manera, la prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del Estado, *puede afectar los intereses públicos contractuales*, en el Perú?

- ¿De qué manera, la prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del Estado, *puede afectar el derecho al debido proceso material de las partes sometidas al Arbitraje*, en el Perú?

1.3 OBJETIVOS

Los objetivos planteados para el presente trabajo son los siguientes:

1.3.1 OBJETIVO PRINCIPAL:

- Explicar la *incidencia* de la prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos

de las contrataciones del Estado, sobre al Estado Constitucional de Derecho en el Perú.

1.3.1.1. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Explicar los *efectos* de la prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del Estado, sobre los intereses públicos contractuales, en el Perú.

- Explicar los *efectos* de la prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del Estado, sobre el derecho constitucional del debido proceso material de las partes sometidas al Arbitraje, en el Perú

1.4 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

Se han planteado las siguientes justificaciones del trabajo realizado.

1.4.1 JUSTIFICACIÓN ACADÉMICA:

Es noble menester de todo estudiante contribuir con los conocimientos que exige una tesis para aportar al banco de esfuerzos teorizados y que formarán parte de la doctrina del derecho que servirá de base, contenido, inspiración o reto para las próximas iniciativas de las futuras mentes ávidas de saber, deseosas de investigar, la contribución académica no es otra cosa que con la sola producción de los trabajos investigativos aportan académicamente a los estudiantes la enseñanza, pues todos tenemos mucho que aprender.

1.4.2 JUSTIFICACIÓN EN LA PRÁCTICA JURÍDICA Y OPERATIVA:

El presente trabajo pretende contribuir con la defensa y fortalecimiento del Derecho Constitucional de la Debida Motivación como garantía de cierre en los procesos arbitrales, pretende promover sensiblemente la limitación del poder de los Árbitros para su decidir dentro de los cánones de un estado de derecho, planteando razones que justifican desproverlos del inconstitucional blindaje a las decisiones discrecionales y arbitrarias posibilitadas por la prohibición del control judicial sobre el contenido jurídico de las decisiones o de calificación de las motivaciones de sus Laudos, para solventar posturas que justifiquen premunirlos de una investidura garantista dirigida a la protección de los intereses del estado y la defensa del principio del debido proceso sustancial de los laudos arbitrales de derecho que resuelven conflictos de las contrataciones del estado.

Se pretende también brindar a la comunidad operadora del derecho, mayores razones jurídicas para la defensa judicial del

debido proceso sustantivo de los Laudos de Derecho que resuelvan conflictos derivados de las Contrataciones del Estado en el Perú.

1.4.3 JUSTIFICACIÓN SOCIAL:

La presente tesis persuade respecto del control judicial de la debida aplicación del derecho vigente a los laudos que resuelven sobre los conflictos en las contrataciones del estado que recaen sobre el destino de los bienes, servicios u obras que importan por ser componer bienes del Estado importan al interés social.

1.5 HIPÓTESIS

1.5.1 HIPÓTESIS PRINCIPAL:

- La prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones

del Estado, incide de manera negativa al Estado Constitucional de Derecho en el Perú.

1.5.1.1 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

➤ La prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del estado, incide contra los intereses públicos contractuales, en el Perú.

➤ La prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del estado, incide contra el derecho constitucional al debido proceso material de las partes sometidas al Arbitraje en el Perú

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO.
ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO.
ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

2.1 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.

El presente trabajo investigativo ha encontrado los siguientes antecedentes del problema publicados a nivel local, nacional e internacional:

2.1.1. ANTECEDENTE LOCAL:

En la región Junín, a nivel de tesis o trabajos publicados no se ha encontrado antecedentes sobre el tema específico en particular, a no ser como primer trabajo de tesis en materia arbitral publicado el año 2008 teniendo como exponente al Profesor de Derecho y Abogado **Halley E. Lopez Saldivar**, cuyo título reza “**Análisis Jurídico De La Ley De Arbitraje Peruana.**”.

En la Tesis defendida por al profesor Halley Lopez, se escribió recordando un antecedente jurisprudencial que dio justificado motivo para activar los controles del estado sobre los Laudos Arbitrales, identificándose por primera vez que algo andaba mal, esta tesis recuerda el caso Fernando Canturias Salaverry, y concluye que a partir de aquel proceso constitucional de habeas corpus *“se establecen el control constitucional que deba hacerse como consecuencia de la impugnación del laudo arbitral, es decir que la jurisdicción constitucional siempre estará al alcance*

del solicitante para el control constitucional....han establecido para proceder al llamado Amparo Arbitral” no obstante es de precisar que si bien la contribución y producción académica del profesor Halley ha sido tomada como antecedente al problema, el presente trabajo, dado que el contexto ha cambiado en el ámbito de la ley que regula el arbitraje, no compartiría la afirmación reproducida contrastándola en su sentido técnico más no en relación a la afirmación histórica, pues si bien es cierto que a partir del Caso Canturias Salaverry, en efecto se iniciaron los pronunciamientos por parte del tribunal constitucional, señalando los derroteros procedimentales que agotar y los presupuestos exigentes que deberían participar en una demanda constitucional para proceder al cuestionamiento de un laudo arbitral, sin embargo ello no significó que a partir de esa causa se haya establecido el control constitucional que deba hacerse como consecuencia de la impugnación de un laudo, por lo que el presente trabajo sostiene en cambio que “el control constitucional del laudo arbitral no está al alcance del solicitante es más, no deberían estarlo si se trata como consecuencia directa de la impugnación de un Laudo habida cuenta que existe la vía judicial previa” y en segundo lugar porque cuando señala que se han establecido mecanismos de control constitucional para proceder al llamado Amparo Arbitral” es preciso señalar que el llamado “amparo arbitral”, no ha existido hasta la producción del precedente vinculante recaído en el Exp 142-2011PA/TC en sus fundamentos 21 donde establece los supuestos de procedencia del amparo arbitral, de manera excepcional y restringida a los supuestos residenciados en los Literales a), b) y c) pues el proceso de amparo constitucional en materia arbitral fuera de estos supuestos debidamente tasados, es habilitado en materia de arbitraje, no contra el Laudo arbitral sino contra la resolución denegatoria sea en improcedencia que declara la sala civil que resuelve la demanda de nulidad del laudo, aceptar lo contrario significaría que el presente trabajo no tendría sentido ni razón justificada.

Más adelante en la misma tesis defendida por el profesor Halley Lopez, señala respecto al Artículo 63.1 de la LA, en lo referido al perjuicio del derecho de defensa en el “debido proceso arbitral” para ser demandada la anulación del laudo y precisa: “Claro que un caso aparte son aquellas cuestiones respecto de las cuales

no habría remedio alguno en la Ley de Arbitraje, como son la defectuosa valoración de las pruebas y la falta de motivación o defectuosa motivación del Laudo”, en este sentido, lo vertido da cuenta del reconocimiento de los problemas planteados en la presente investigación, pues el trabajo del profesor Haley Lopez, reconoce en mención aparte, que la ley del arbitraje no cuenta con mecanismos para remediar por ejemplo la defectuosa valoración de la prueba, así como que tampoco hay remedio contra la motivación defectuosa del Laudo Arbitral, el reconocimiento de tal problema ha sido recogido con vehemente preocupación para promover la acción tendiente a remediar aspectos procesales tan importantes que implican la debida aplicación del derecho, es decir ¿Para qué probar o aportar pruebas si su valoración puede ser defectuosa sin remedio?, ¿Para qué está el derecho material vigente si su aplicación puede ser vulnerada o pasada por alto por el Árbitro sin remedio alguno?. Ahora, Si el control judicial sobre le debida motivación jurídica del laudo Arbitral está prohibida. Cabe la siguiente pregunta ¿El árbitro puede decidir sin recurrir al derecho aplicable? Y si lo hace ¿Quién puede controlar su posible ilegal razonar antijurídico disconforme del derecho vigente?

2.1.2 ANTECEDENTE NACIONAL:

WONG ABAD, Julio Martín, La Motivación Defectuosa Como Causal de Nulidad del laudo, JURISTA EDITORES EIRL, Primera Edición Lima 2013.

Un apartado especial merece la revisión y atención al trabajo del profesor Julio Wong, ya que constituye el antecedente más próximo en cuanto al título y temas abordados si lo ponemos en parangón con la presente tesis, sin embargo es preciso señalar que pese a la cercanía de los temas que comparten en común, la presente investigación ha trabajado conclusiones diametralmente opuestas a las expuestas por el profesor Wong Abad, y ha ahondado en la profundidad del fenómeno jurídico arbitral en relación al Derecho Objetivo mismo y la Constitución más aún cuando resolverá sobre los intereses del estado, es

menester precisar que se ha trabajado el fenómeno arbitral peruano desde un ángulo muy especial y restringido que delimita con mucho cuidado el ámbito sobre el cual recaerán los resultado investigativos, esto es decir, que no abarca el universo de relaciones jurídicas de derechos disponibles llevadas por conflicto a la sede arbitral, sino única y exclusivamente se ha distinguido el proceso de arbitraje surgidos como consecuencia de los conflictos devenidos de las contrataciones del estado y una vez delimitada se inicia recién el tratamiento pormenorizado y específico.

Una vez dicho esto expongo de manera sucinta algunos contrastes relevantes respecto del libro que trata sobre la Motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo arbitral escrita por el profesor Julio Wong Abad:

En la introducción del libro se hace la siguiente pregunta, “¿Cumplen los árbitros con el deber de motivar únicamente acompañando a su decisión cualquier razonamiento sin importar la calidad de este?”. Otra pregunta que se formula es, si la motivación de las resoluciones que dictan derecho constituye un derecho constitucional “¿Cómo podría hablarse de un derecho si su cumplimiento quedara al arbitrio irrevisable del Obligado a satisfacerlo?”. Tales cuestiones formuladas por el profesor en buena técnica jurídica tienen no una sola respuesta pues a decir de la primea cuestión, las respuestas que se podrían ensayar tendrán que ver con al tipo de arbitraje del que se está refiriendo la pregunta, esto es decir por ejemplo, si la pregunta recae sobre un arbitraje de conciencia o de derecho, esto es preciso saber para responder la cuestión de la exigencia de motivación jurídica del laudo, también es necesario saber si el arbitraje al que se refiere ha sido el voluntario o el forzoso o legal, del mismo modo es importante saber si en dicho arbitraje, las partes renunciaron al derecho de la debida motivación de las resoluciones que recaerán sobre sus intereses particulares, también debe encuadrarse la pregunta con una aclaración previa de saber si el árbitro estará resolviendo un conflicto de interés privado o su resolución alcanzará a afectar intereses de naturaleza pública como son cuando se decide sobre los bienes y destino de los recursos del estado como pasa en

las contrataciones del estado, es por ello que el presente trabajo antes de lanzar preguntas con libertad, en principio ha encuadrado la investigación sobre las características así como se ha realizado un revisión clasificatoria del objeto de estudio arbitral y para luego recién una vez debidamente identificado estudiar sus manifestaciones.

Expuestos los antecedentes que han nutrido el debate en el presente trabajo, es preciso obtener la conclusión siguiente: Que a raíz de haber derivado la resolución de los conflictos devenidos de las contrataciones del estado a un proceso arbitral, es que dicho fenómeno se ha ido consolidando poco a poco y ha promovido cierta inquietud respecto de las garantías y arbitrariedades que la vía arbitral deduce una vez puesta en práctica o durante su vigencia, tal es así que incluso el tribunal constitucional ha considerado necesario llevar a cabo un pronunciamiento en calidad de precedente vinculante, lo que denota que el fenómeno arbitral llevado al ámbito de las contrataciones del estado merece una atención especializada y por ser un proceso donde se discutirán decisiones que recaen sobre los intereses del estado y los derechos de los particulares, merece una atención muy cuidadosa y distinguida.

A nivel Latinoamericano no se ha encontrado antecedente, pues nuestro país es el pionero en esta iniciativa de llevar a fuero privado la discusión de los conflictos que afecten a los intereses del estado en materia contractual de las compras del estado.

GARCÍA ASCENCIOS Frank, Amparo Versus Arbitraje, Improcedencia del amparo contra laudos arbitrales. Editorial Adrus SRL, Arequipa Perú. Primera Edición 2012.

Otro antecedente escrito al respecto es la del profesor García Ascencio quien citando el precedente vinculante recaído en el expediente N 00142-2011PA/TC, interpreta y concluye que el proceso de amparo debe ser declarado

improcedente desde la lectura de los considerandos del numeral 17) y 20) pues en ellos el máximo intérprete califica al proceso de anulación como una “verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate”, del mismo modo en el numeral 20) reconoce al proceso de anulación como una vía procedimental idónea igual de satisfactoria y en consecuencia por estas razones expuestas por el tribunal constitucional, el profesor García Ascencios concluye que el recurso de anulación puede sustituir al amparo por lo tanto esto trae como consecuencia la improcedencia del amparo ex post.

Está por demás decir que esta postura es contrastada por el presente trabajo en el extremo que sostiene el reemplazo del amparo por el proceso de anulación, por el solo hecho que los jueces constitucionales no tienen prohibición alguna para cumplir a cabalidad el control de los derechos constitucionales entre ellos el de la debida motivación, limitación que sí soportan los jueces que conocen el proceso de anulación de Laudo Arbitral, contraste justificado por ésta y por los argumentos que son expuestos en los capítulos subsiguientes; sin embargo el trabajo del profesor García Ascencios denota que existe una seria ocupación por nuestros teóricos y profesores del derecho sobre el tema del control de los derechos constitucionales como el debido proceso y la debida motivación de los laudos arbitrales, en sede judicial y constitucionales; sin perjuicio de lo anterior es menester poner de relieve que los trabajos expuestos y desarrollados hasta el momento citados no distinguen ni precisan respecto del tipo de arbitraje al que aplican las conclusiones de su estudio por falta de una debida delimitación de su objeto arbitral al momento de plantear sus cuestiones, pues el arbitraje en materia de las contrataciones del estado tiene unas peculiaridades que exigen un tratamiento especial y cuidadoso.

La profesora **ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. (2006)** *ha publicado un interesante artículo que ha servido como antecedente nacional*

*pues el tema tratado toca aspectos estrechamente relacionados con la presente investigación, **EL DEBIDO PROCESO EN EL ARBITRAJE, LA ANULACIÓN DE LAUDO Y EL PROCESO DE AMPARO** en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA-4-6.pdf.*

En el artículo de la profesora Ana María Arrarte, podemos encontrar los acercamientos más preocupados respecto de la necesidad de regular los mecanismos de control del Debido Proceso material y formal de las resoluciones arbitrales, el artículo toma como partida los comentarios sobre las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional proponiendo como colofón que más bien, sería el proceso de amparo la vía idónea de control constitucional contra la vulneración del debido proceso arbitral en su manifestación de la debida motivación, no sin aclarar que debería agotarse la vía previa judicial esto es, la interposición de los recursos de anulación o apelación que preveía la anterior Ley General de Arbitraje, pues como sabemos, éste recurso correría la suerte de ser desestimado liminarmente por proponerse con una causal de anulación o apelación no establecida taxativamente en el artículo 73 del anterior cuerpo normativo de arbitraje; entonces –propone la doctora Arrarte- que luego de agotar la vía previa con clara pretensión de reparar la vulneración del debido proceso, debería recurrir recién al proceso de amparo, también realiza una ratificación doctrinal importante señalando que el control de la debida motivación no debería extenderse a la revisión de fondo del laudo arbitral siguiendo así la coherencia doctrinaria que se afirma integradora y congruente respecto del tema de la no injerencia en el fondo de la controversia arbitral en sede de anulación.

El artículo publicado por la profesora Arrarte contiene puntos de contactos coincidentes con la presente tesis, uno de los planteamientos es que para pretender un proceso de amparo hay que agotar la vías previas tal como lo exige el código procesal constitucional, sin embargo aún agotada la vía judicial prevista para la anulación del laudo arbitral, los procesos de amparo y aquellos que suben en agravio constitucional han sido desestimados por improcedentes y no han progresado para su revisión, inclusive se ha dictado El Precedente

Vinculante recaído en el Exp. 142-2011-PA/TC, fundamento 20 literal a), donde estableció que el Recurso de Anulación constituye la vía procedimental válida, específica, igual de satisfactoria para la protección de derechos constitucionales, habilitando al proceso judicial para el conocimiento en vía de anulación de la vulneración de los a derechos. Este extremo de la jurisprudencia vinculante ha habilitado y reconocido que la vía de la anulación alcanza para defender también los derechos constitucionales, pero reconocer a una vía como idónea para demandar la reposición del derecho a la debida motivación vulnerado, colisiona al encontrarse con la norma que prohíbe a la vía de la anulación pronunciarse sobre la debida motivación del laudo arbitral, por ello es que si bien los esfuerzos teóricos del trabajo de la profesora Ana María Arrarte, en materia de la defensa de la debida motivación y la activación del control constitucional, ha significado un antecedente importante pero que el precedente vinculante recaído en el Exp. 142-2011-PA/TC, la ha desatendido en algunos aspectos medulares.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo citado ilustra respecto del cómo ya existía la preocupación sobre el tema del control judicial o constitucional de la debida motivación de los Laudos arbitrales de Derecho y su atención sobre el tratamiento en la anterior Ley General de Arbitraje y cual también el sentido de los pronunciamientos y decisiones del tribunal constitucional para trazar una tendencia evolutiva de los mecanismos jurídicos de garantía o control, que maduraron y que perviven en la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, así como las últimas decisiones y sentencia vinculante de nuestro máximo intérprete constitucional sobre el tema materia de investigación.

PALACIOS PAREJA, Enrique A. (2007) *Artículo publicado bajo el título; La Motivación De Los Laudos y El Recurso De Anulación en* http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA%205-2.pdf

La postura adoptada por el profesor Enrique Palacios, parte sobre la base del reconocimiento de un problema muy relevante y verificado en la realidad

cotidiana de los tribunales de la jurisdicción ordinaria respecto del tema en cuestión, y es que pone de relieve tal situación que sucedía desde la anterior Ley General de Arbitraje y también hasta los alcances de la actual Ley de Arbitraje vigente tampoco solucionó el problema de manera más feliz, y es que **ante la existencia de Laudos sin una Motivación razonada, la iniciativa que toman los justiciables ante esta situación, es el de impugnar el Laudo Arbitral mediante el Recurso de Anulación, pero la judicatura a través de las salas superiores, rechazan liminarmente los recursos declarando su improcedencia**, basándose en que la causal alegada de falta o *defectuosa* motivación, no constituye causal para pretender la anulación del Laudo ante el Poder Judicial previstas en la ley General de Arbitraje, para lo cual el profesor sugirió una práctica fórmula que reformaría el Artículo 73 del anterior ordenamiento arbitral, la Ley 26572, que consistía en modificar entre las causales de anulación del laudo arbitral e ingresar como causal la violación al debido proceso, fórmula que siendo la más feliz no fue atendida por los redactores de la Nueva Ley de Arbitraje decreto Legislativo 1071.

El aporte del trabajo del profesor Enrique Palacios que reproducimos es el reconocimiento y tratamiento que recibía el problema de la existencia de Laudos inmotivados jurídicamente y de justiciables que con desazón buscan una solución a sus sentimientos de injusticia y desprotección ante laudos que afectan sus derechos como intereses que el profesor ha verificado en los hechos del quehacer cotidiano de los tribunales de justicia, y qué duda cabe, que éstos hechos son germen de una situación que disocia la finalidad de todo proceso jurisdiccional cual es la de resolver los conflictos de intereses para alcanzar la paz social en justicia, respecto de la naturaleza y fundamento de toda actividad que dicte derecho.

BULLARD GONZALES, Alfredo y SOTO COAGUILLA, Carlos Alberto. (2011), en *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje: El alcance del deber de motivar, motivación y autonomía privada, ¿Cuál es el remedio*

para un laudo defectuosamente motivado? Lima Editado por El Instituto Peruano De Arbitraje.

El profesor Bullard Gonzales, en esta obra sentencia que no existe remedio para un Laudo defectuosamente motivado, justifica entre otras razones que lo que las partes de un proceso arbitral quieren es conocer el razonamiento subyacente de la decisión del árbitro y no una clase de derecho, hecho que al mínimo rigor de sentido común no procuraría discrepancia alguna, pero al tenerse presente que una debida motivación no supone una clase de derecho sino la aplicación de principios elementales garantistas que se realizan desdeñando la finalidad didáctica y más bien deseando la finalidad de realizar el valor justicia en derecho, denota la importancia de los argumentos que sostienen la no revisabilidad de los Laudos de Derecho, pues el libro sostiene también que no existe un remedio procesal para un laudo defectuosamente motivado porque esa es la voluntad de la Ley de Arbitraje y porque así lo ha querido la voluntad de las partes y abunda precisando que la Ley de Arbitraje vigente, impone la necesidad de motivar pero no impone y menos garantiza que se motive conforme a derecho.

Los aportes de la obra del profesor Bullar Gonzales, importa una suerte de antítesis merecedoras de atención pues enriquecen la necesidad de confrontar las posturas para que la propuesta de la tesis haya resistido embates teóricos que puedan superar la calidad de razonamiento que ostentan profesores muy respetables y brillantes como el autor citado.

CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. (2009) *El arbitraje en la Contratación Pública, El Arbitraje Obligatorio y de Derecho*, en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol7/cap1.pdf

El profesor Mario Castillo Freyre, citando a García Calderón hace una precisión necesaria distinguiendo entre el arbitraje forzoso y el voluntario, nos

recuerda que el Perú en materia de los conflictos que derivan de las contrataciones del estado ha optado por el arbitraje obligatorio, ya que las partes (el contratista y el estado) no han podido ejercer su elección de discutir los diferendos en sede arbitral o por la vía judicial, hecho que implica una imposición forzosa o legal vulnerando la esencia de la naturaleza jurídica del arbitraje. Por otro lado, el profesor hace incapié respecto de la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral en los contratos de la administración pública, en este sentido y siguiendo a García Calderón la califica de ilegal.

El trabajo publicado por el profesor Castillo es importante y medular para la presente tesis pues desarrolla categorías jurídicas como el arbitraje forzoso y voluntario que la doctrina se encarga de dar contenido y que la Ley de Arbitraje en cambio siquiera no conceptualizó para atenderlas debidamente y darles un tratamiento acorde a su naturaleza sea para vincularla a un necesario control judicial o sea para liberarla de él.

También es de advertir otro desarrollo necesario que distingue el profesor Mario Castillo Freyre cuando diferencia el arbitraje de derecho y el de conciencia, recalcando que la Ley de Contrataciones del Estado exige que para la resolución de sus conflictos contractuales, es que los árbitros deben resolver aplicando el derecho vigente por tratarse de un arbitraje de derecho pues existiría un fundado temor que mediante un arbitraje que no atiende ni controle el derecho vigente, se pueda contravenir aquello establecido por la Ley, y comparto lo escrito por el profesor Castillo Freyre cuando expresa su preocupación porque no resultaría deseable socialmente que los particulares resuelvan sus problemas mediante un arbitraje de conciencia (o un arbitraje que simplemente no controle ni verifique el derecho vigente aplicable al caso) que pueda pasar por pisotear la Ley, además en el mismo sentido abona el profesor García Calderón señalando que cuando se trata de los intereses del estado, no debería dejarse al libre albedrío o al criterio subjetivo de los árbitros, sino que la decisión deberían basarse en una debida interpretación jurídica y al amparo de una ley determinada

así como también se debería tener en cuenta en la decisión la prueba que respalda al derecho invocado.

2.1.3 INTERNACIONAL:

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *El Arbitraje Forzoso en Chile, un Examen de Constitucionalidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno.* publicación del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de TALCA. En: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art12.pdf>

El profesor Jequier Lehuedé publica el artículo que abona a favor de la tesis coincidiendo en que los arbitrajes forzosos merecen un tratamiento distinto respecto de las garantías del debido proceso y arriba a una mención más profunda donde propone la revisión de la constitucionalidad de estas figuras jurídicas que promueven recurrir a la inserción de las cláusulas arbitrales en los contratos pero por imposición legal, sustrayéndose la voluntad libre de los sujetos de derecho contratantes, y ofrece por finalidad de su artículo proponer una profunda revisión de la legislación vigente en su país sobre esa materia dado que hace una distinción entre aquel arbitraje como resultado de la voluntariedad de los sujetos sometidos a él y aquel otro arbitraje producto de una imposición obligatoria por parte del estado.

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO.

**PROLEGÓMENOS CONCEPTUALES, DOGMÁTICOS Y FILOSÓFICOS
DEL DERECHO UTIL AL ARBITRAJE.**

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO.

PROLEGÓMENOS CONCEPTUALES, DOGMÁTICOS Y FILOSÓFICOS DEL DERECHO UTIL AL ARBITRAJE.

3.1 HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO COMO UNA DISCIPLINA SOCIOTECNOLÓGICA APLICATIVA.

El arbitraje que se ocupa sobre los asuntos conflictivos en las contrataciones y adquisiciones del estado, es el arbitraje de derecho, de ahí que se partirá desde la implicancia de esta categorización y los reales alcances de su exigencia, a la luz de la filosofía, la dogmática jurídica, el derecho procesal y constitucional, para verificar que la prohibición del control judicial de la motivación jurídica de los laudos arbitrales que resuelven los conflictos de las contrataciones del estado es un contrasentido a su propia naturaleza, finalidad y existencia mismas.

Un necesario punto de partida para desarrollar el estudio de toda institución jurídica que tenga por función dictar el derecho vigente a un caso concreto, tal como lo es en el proceso arbitral de derecho que resuelve los conflictos de los intereses, prestaciones y bienes en las contrataciones del estado -teniendo por enfoque la

investigación cualitativa¹⁰, y por método a la dogmática jurídica- es precisamente conceptualizar el Derecho mismo u obtener una pre-comprensión válida¹¹ para los efectos de aplicarlo al avance de la tesis sobre la materia jurídica con la que seguirá de la mano en coherencia al concepto concebido, ya que el arbitraje y especialmente el que resolverá sobre los intereses del estado, es uno de los mecanismos de solución de controversias de los que se vale el poder público para la administración de justicia mediante la aplicación del derecho y que comparte el principio orientador que tiene por finalidad concreta resolver determinados conflictos de intereses de relaciones jurídicas contractuales entre Estado y los Privados haciendo efectivos los derechos materiales aplicables al caso concreto así como la de proteger la legalidad del proceder razonado del laudo, como también por finalidad abstracta el propósito de alcanzar la paz social como todo ente procesal. Por ello es importante delimitar por lo menos la concepción útil que por Derecho entendemos, ello es necesario porque el Derecho es lo que se aplica a toda actividad autorizada a resolver los conflictos¹² así como en el complejo

¹⁰ **BULEGE, Wilfredo (2011) Guía de Investigación, ¿Cómo Elaborar el Proyecto e Informe de Investigación?, Corporación FE SAC, Publicado por la Universidad Continental de Ciencias e Ingeniería, Primera Edición**, donde se señala que *“Investigación Cualitativa: proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalle o experiencias únicas. Aporta flexibilidad...El paradigma Cuantitativo es usado por las ciencias como la física, química o biología, El cualitativo se emplea más en las disciplinas humanísticas como la antropología, Etnografía, psicología social entre otros.”*

¹¹ **STERLING, Juan, (2013) La Argumentación Jurídica, En El Estado Constitucional, Hermenéutica y Argumentación Jurídica, Límites a la discrecionalidad Judicial, Palestra Editores, Lima Mexico 2013 Pg 139**, El profesor Sterling comparte una postura de inicio de todo trabajo investigativo jurídico señalando, Toda Filosofía del Derecho debe responder a tres preguntas esenciales, la primera de corte ontológico : Qué es el derecho, Es decir el origen y la naturaleza del mismo –el ser- en este caso, sumado al objeto que persigue. La segunda de corte peistemológico, ¿Cómo se conoce el objeto del Derecho? Y las posibilidades de conocerlo realmente. Y finalmente una pregunta de corte metodológico, ¿Cómo funciona el derecho?.

¹² **En GUTIERRES, Walter Director, (2005) La Consitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Editorial Gaceta Jurídica Primera Edición, Pg 487: el Profesor FERNANDO VIDAL REMIREZ, comentando el Artículo 138 de nuestra carta política precisa que “Los tribunales arbitrales, sea que estén constituidos por un Árbitro único o colegiado, se constituyen como un órgano jurisdiccional privado, al que incluso, se puede someter el Estado y las Entidades Públicas, cuando la materia puede ser arbitrada al no existir prohibición legal.”**

normativo formal del Arbitraje y es el deber ser, un punto de partida preliminar en la investigación de toda institución Jurídica sea procesal y sustantiva.

3.1.1 EL DERECHO, TEORÍA PARA DESENTRAÑAR SU INSTRUMENTALIDAD Y PRAGMATICIDAD PARA APLICARLO AL ARBITRAJE DE DERECHO.

La exigencia de la aplicación del Derecho es uno de los argumentos de fuerza de la presente tesis, la defensa del derecho vigente al caso concreto pasa por descifrar qué es ese Derecho vigente y que características comparte, acaso tiene nobles y neutros fines científicos solamente o se justifica más bien socialmente, son cuestiones medulares para el desarrollo de la tesis, un derecho cuya aplicación se exige, ¿Acaso se soporta desde estructuras meramente neutras o actúa siempre como poderosos instrumentos con fines sociopolíticos? ¿Contienen valores subyacentes que desea realizar? Si existen valores que la política representada ha puesto en las normas vigentes, una vez identificados deben ser aplicados, y su debida aplicación merece control.

Este apartado tiene por finalidad revisar la conceptualización del derecho, explicando el positivismo filosófico y seguidamente el neopositivismo filosófico o empirismo lógico revisando los aportes de la “concepción heredada” del “Círculo de Viena” como también de su influencia en la teoría del conocimiento, para desvincularlo del positivismo jurídico¹³, y atender rigurosamente a éste último

¹³ En LLOREDO, Luis (2010) *Idiología Y Filosofía En El Positivismo Jurídico De Rudolf Von Hering*, Tesis Doctoral Editada por la UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, Pg227 http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10726/luis_lloredo_tesis.pdf?sequence=1.

El redactor de la tesis doctoral parte de una cuestión importante y que tiene que ver con la génesis conceptual e histórica del Postivismo, y para explicarla se pregunta: *¿Debemos entender el positivismo jurídico como una línea de pensamiento independiente del paradigma filosófico y científico de su época, o más bien como una derivada del espíritu positivista que se había infiltrado en casi todas las manifestaciones culturales de la Europa decimonónica? Con todo lo inofensivo que pueda parecer este interrogante, se trata de uno de los aspectos donde se ha producido mayor desencuentro doctrinal. Para algunos autores, el iuspositivismo tiene un origen extrajurídico. Según ellos, se trataría de una prolongación del cambio de paradigma que*

haciéndonos adeptos a una postura caracterizadora del Derecho cómo una sociotecnología, para, desprovisto de calificaciones no productivas, obtener sus alcances materiales más prácticos y útiles y hacer así de éstas conclusiones el punto de partida con base sólida de la conceptualización del Derecho servible a la institución del arbitraje de derecho en materia de las contrataciones del estado.

Es impensable iniciar la empresa de conceptualizar el Derecho, aclarar su materialidad y abordar la discusión de su cientificidad, - prescindiendo de las lidias *iusfilosóficas* o de la filosofía, que nutrieron la basta teoría del Derecho, para hacerla apetecible a esperar su solícito auxilio cuando se trate de solventar una concepción del derecho útil a la pragmática del presente trabajo.

3.1.1.1 EL POSITIVISMO FILOSÓFICO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO.

El derecho que se exige debe ser aplicado y entonces controlado (tal como en la presente tesis), merece ser discernido instrumental y técnicamente para así conocerlo como realizador de valores que le subyacen, por ello es importante reconocer su naturaleza útil, y desde esta perspectiva desligarla de aquella calificación que en vez de aportar al vector pragmático, más bien la distrae, de ahí que merece echar mano a la teoría objetiva epistemológica para cualificar al Derecho con el carácter que le corresponda así no sea posible distinguir en aquel esfuerzo su cualidad científica.

La Ciencia ha tenido una evolución histórica y epistemológica,

ya se había dado en otros foros, y que extendía así sus brazos también al ámbito jurídico. De acuerdo con otros autores, sin embargo, esta última no sería sino una creencia infundada que nada tiene que ver con la realidad histórica del proceso: el iuspositivismo, según estas tendencias, bebería sólo de fuentes internas al mundo del Derecho.

desarrolladas por los filósofos y científicos hasta el Círculo de Viena, éstos han propuesto los filtros y rigores epistemológicos para toda disciplina que pretendiese erigirse en Ciencia, su repaso es vital para escribir sobre la cientificidad autónoma del derecho y tomar posición a solventar los términos de la tesis.

“Nada es sino producto de nuestra experiencia”. David Hume¹⁴, filósofo empirista sensualista, contraponiéndose al racionalismo continental cartesiano postuló que el conocimiento del hombre tiene por única fuente a la experiencia sensible¹⁵; partimos desde la perspectiva empirista que constituyó la primera reacción contra el exagerado papel de la razón y la lógica para desentrañar la cognoscibilidad de la realidad objetiva, así es que también el Derecho estudiado desde sus raíces o evolución, fue abandonando aquella corriente racionalista, para atender ya no a su esencia sino a su materialidad y describirse entonces como un fenómeno social compuesto por normas jurídicas escritas, puestas por el hombre cual herramienta útil para regular su propia conducta en sociedad, pero este último concepto de derecho resultaba instrumental y se requería distinguirla

¹⁴ En ROSENAL, Iudín (1959) *Diccionario Filosófico*, 1ra Edición Universo, Pg 225.

¹⁵ En RODRÍGUEZ, Marcelino (2000) *Introducción a La Filosofía Del Derecho*, Madrid, Universidad Complutense Facultad De Derecho Servicio De Publicaciones, Primera edición, Pg 28. EL profesor Rodriguez escribe que “Como demanda una y otra vez D. Hume. “hay que buscar siempre la base empírica de nuestras ideas” (...) y continúa “La experiencia, como fuente constitutiva de la ciencia, no es por tanto la experiencia espontánea propia del conocimiento vulgar. Es más bien una experiencia metódicamente dirigida y racionalmente controlada, que se apoya en experimentos, las más de las veces directamente *provocados*. Es, Ni más ni menos, el concepto de experiencia de las ciencias físicas, que de esta manera, merced al empirismo, queda filosóficamente legitimado.

Para completar el cuadro así diseñado conviene recordar el repudio de la metafísica por parte del empirismo. Toda consideración metafísica, dirigida a captar la esencia última de las cosas, entraña, según el empirismo filosófico, una pretensión vacua, una mera ilusión. Pues lo único que podemos conocer son los fenómenos, que son accesibles por medio de la experiencia externa e interna y a través del proceso cognitivo de la reflexión intelectual. Aquí radica precisamente el límite del conocimiento científico.”

de la disciplina que la estudia, esto es, el Derecho mismo pero esta vez, atendida como aquella disciplina del conocimiento que se aboca (mediante un método descriptivo¹⁶, semántico, analítico, lingüístico, lógico, semiótico y hermenéutico) a estudiar las prescripciones jurídico - normativas vigentes, desproveyéndolas (para estar a tono con una característica esencial del positivismo filosófico) de toda relación axiológica o moral ontológica que la pudiese contaminar¹⁷, y calificar así como una disciplina científica, este fue el esfuerzo de la teoría positivista para reputar ciencia al derecho puesto.

El Derecho se hizo de algunas de las características del positivismo filosófico como el uso de la lógica lingüística y la antimetafísica, características propias de toda ciencia con las que el filósofo, sociólogo y padre del positivismo Augusto Comte, (bajo el método inductivo) con suficiente ingenio y esfuerzo, había logrado introducir legítimamente a la sociología dentro de las ciencias llamadas “ciencias culturales” o “ciencias fácticas”. Sin embargo es menester de este apartado repasar que la fuente

¹⁶ **EN. WALUCHOW, Wilfrid (2007) Positivismo Jurídico Incluyente**, Madrid Editorial Marcial:, ediciones jurídicas y sociales S.A. Primera edición, Pg35. El profesor cita un párrafo que aclara la postura de uno de los más influyentes iuspositivistas modernos señalando: Como advierte Hart *"la insistencia del positivismo en que una teoría del derecho analítica descriptiva es necesaria y útil, es saludable aún si es considerada sólo como una introducción a la articulación de la teoría justificativa de las prácticas jurídicas de una comunidad y no, como de hecho lo es, una contribución al estudio de la sociedad y la cultura humanas.*

¹⁷ **En JIMÉNES, Roberto, (2008) Una Meta Teoría Del Positivismo Jurídico** Madrid -Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A, Pg 31. El profesor Jimenez razona explicando que *"Si bien es cierto que la denominada ciencia jurídica positivista del siglo XIX había desplazado su objeto de estudio prescindiendo progresivamente del derecho natural y centrándose en el derecho positivo dicho desplazamiento no motivó sin embargo que el método racionalista de aproximación al conocimiento jurídico fuese abandonado.*

y nomenclatura del “*positivismo jurídico*” de Kelsen, no tiene un punto de encuentro temático ni evolutivo con el positivismo filosófico procientífico. El “*ius positum*” o *positivismo jurídico* no estuvo presente en el desarrollo histórico de los avatares de la ciencia para ser tal, desarrollo del que si participaron las otras ramas del conocimiento, que alcanzaron categoría científica con el esfuerzo por unificarse a través del método científico y de procesos rigurosos cuyas leyes producidas las distinguiesen como tales ante su estructura epistémica.

El “*positivismo jurídico*”, y el positivismo *Comtiano*, pese a que ambos parten desde el *objeto verificable* como el llamado “*hecho positivo*” en tanto que impresión sensible y susceptible de ser observado y analizado, de pasar por el cálculo de probabilidades, de utilizar variables probalilísticas, de ser experimentado, contrastabilizado, falsado y concluido en leyes científicas producto del estudio de tal “*impresión sensible*”, no comparten el mismo método que actúa sobre sus particulares objetos de estudio; es a partir de éste “*hecho positivo*” que la Ciencia construye un sistema teórico superador de las discusiones filosóficas pro-científicas racional-empíricas de cara al desarrollo epistemológico caracterizador de toda disciplina científica, así fue posible la sociológica como ciencia, no así en cambio el derecho puesto.

Ahora bien, el otro “*positivismo*”, el “*jurídico*” en cambio, su “positivismo” nominal deviene casualmente como producto de la etimología del “*ius positivum*” o “*ius ponere*” del “puestas las normas por el hombre” “impuesto por la autoridad legítima”²² que acuñó por primera vez en el siglo XII, el naturalista racionalista francés Pedro Abelardo, de ahí que además de su nomenclatura, no comparten los fundamentos teóricos y filosóficos evolutivos de las distintas disciplinas que aplicaron la metodología producto del neopositivismo filosófico o empirismo lógico para consolidar su cientificidad, por ejemplo, tan particular y lejana está la sociología científica

con respecto al Derecho, que dentro del estudio de la conducta del hombre la describe no solo con relación a su actuación bajo normas jurídicas (sociología jurídica) sino incluso bajo normas morales (sociología moral)¹⁸, ello sin temor alguno de perder materialidad respecto del objeto estudiado, tal es así que el proceso experimental, observacional, que involucre contrastabilidad, falsación, probabilismo y verificabilidad, le es exigible metodológicamente a toda investigación de las ciencias sociales, como

²² En **VELA, Luis (1964) El Derecho Natural En Giorgio Del Vecchio**, Roma Librería Editrice Dell'universita' Gregoriana. Pg 60 El profesor hace incapié respecto de la importancia característica de la positividad del derecho, el mismo que por su legitimidad, radica en el poder de la obligatoriedad de su cumplimiento, señalando que *"El derecho positivo, histórico ("Ius in civitate positum"), es un hecho, un episodio, ya que el establecimiento de las normas jurídicas por la costumbre o por la ley es obra de los hombres (del espíritu humano en concreto) con sus actividades y sus desviaciones. (...) lo que distingue, pues, las determinaciones jurídicas positivas de las que no lo son, es el hecho de que las positivas prevalecen en la práctica, es decir, son generalmente observadas y hechas valer; esta preponderancia real constituye precisamente el concepto mismo de la positividad"* Esto ayuda a entender y recalcar que la positividad del derecho le es característico respecto de su poder, no respecto de su cientificidad como el positivismo filosófico.

también por ejemplo la sociología jurídica o moral, en tanto que ciencias fácticas o culturales deben practicar las tesis del enfoque epistemológico bajo la inductiva, deductiva o abductiva probabilística, por éstas razones, no así puede tal exigencia experimental, significar un corsé o más aún una camisa de fuerza, a investigaciones de naturaleza teórico racionales, o

¹⁸ En **POVIÑA, Alfredo (1977) Tratado de Sociología**, Buenos Aires, Editorial Astrea, 6ta Edición ampliada. EL profesor Alfredo Poviña explica sobre los valores sociales, y la moral que interactúan en la efectiva vida cotidiana del hombre de manera objetiva porque la moral provoca conductas verificables y promueve incluso normas legales, sobre este aspecto escribe que *"Un extenso y complicado capítulo de la sociología tiene por objeto estudiar los valores y fijar su intensidad, en cuanto tienen una fuerza dinámica impresionante en todo cambio social, integrando todas las estructuras humanas. La sociología no puede ignorar su existencia, teniendo que obrar con una actitud prudente y difícil, porque no los recoge como valores sino como realidades, no como valen y porque valen, sino como son, como están y como cumplen su rol en cada determinada sociedad"*

lógico hermenéuticas que partan desde el análisis puramente jurídico normativo tal como en la presente tesis que tiene basamento metodológico en la Dogmática Jurídica¹⁹, Intrasistemática, Constitucional.

El desarrollo del positivismo filosófico diferenciador del positivismo jurídico, da cuenta que el *ius positum* no ha tenido un ligamen histórico evolutivo y epistemológico con respecto al positivismo filosófico, y al no conectar el derecho puesto al método procientífico racional empírico inductivo y al desarrollo del positivismo filosófico, entonces se encuentra desprovisto de antecedente o linaje científico. Logro persuadir así que el derecho puesto como plexo de normas jurídicas, no constituye una ciencia autónoma independiente y que por lo tanto, no debería el quehacer académico distraerse atendiendo al derecho como un sistema de conocimientos ordenados sistematizados verificables y comprobados, que tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas para producir leyes generales de alcance universal más o menos probables, con nobles fines de acrecentar el conocimiento del hombre, sino por el contrario, atender al derecho como un poder, que no se identifica con acrecentar el conocimiento humano solamente, sino con guiar su conducta conforme a los valores de la política, un poder que compele al hombre a conducirse en el sentido del

¹⁹ En RODRÍGUEZ, Marcelino (2000) *Introducción a La Filosofía Del Derecho*, Madrid Universidad Complutense Facultad De Derecho Servicio De Publicaciones, Primera edición, Pg 96 El profesor Rodríguez Molinero, hace una precisión en distinguir al método dogmático jurídico desligándola de todo acercamiento con cualquier intendo calificadorio científico del derecho haciéndolo un método independiente de la discusión científica del derecho y su argumentos, así el profesor expresa que *“Ahora bien, enseguida aclara que el hecho de que sea ciencia del derecho, no equivale a confundirla con la tradicionalmente llamada Ciencia dogmática del derecho, ya que ésta únicamente pretende conocer un derecho positivo y ordenarlo sistemáticamente para su aplicación. Mientras que la teoría pura del derecho, debido a su carácter general no se preocupa de un derecho concreto sino que su objeto es todo derecho existente además no le interesa el contenido de las normas jurídicas, sino únicamente su estructura lógica.”*

llamado de las normas jurídicas subyacentes de valores que la autoridad ordinante impone realizar.

Si logramos no distraernos con el estudio científico, neutro y pacífico del iuspositivismo, entonces podemos atender a las normas jurídicas del derecho puesto como instrumentos de poder, y dada la delicadeza del asunto, nos asalta la necesidad de medir los alcances de dicho poder y si se ejerce conforme a los valores o principios subyacentes que le den legitimidad, o si acaso contradicen los valores y principios constitucionales, entonces nos habilita el menester de denunciar la norma disconforme con la unidad, concordancia e integración constitucional, y si queremos llegar legítimamente a este último análisis, es imprescindible allanar la “base filosófica” que de cuenta de la postura iusfilosófica del tesista para justificar vuestro arribo a la posición principialista del neoconstitucionalismo postpositivista.

3.1.1.2 EL POSITIVISMO JURÍDICO Y SU PRÓPOSITO CIENTIFICO A LA LUZ DE LA TRADICIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL EMPIRISMO LÓGICO.

Ahora bien, la corriente del ius positum jurídico, ajeno y posterior a la evolución del positivismo filosófico, revisó los resultados de los trabajos de éste cuando lo vio convertirse en un neopositivismo llamado también empirismo lógico, y ha sido éste último una de las últimas etapas de contacto entre la filosofía general y el conocimiento delimitado por la cada vez más cercana unificación de los procesos de lo que después se llamó ciencia. El empirismo lógico desarrolló las bases de unificación teórica, metodológica y epistemológica para todas las disciplinas del conocimiento, obteniendo nuevas conclusiones y procesos rigurosos, ésta nueva corriente también antimetafísica aportó a la palestra, célebres filósofos y científicos de las ciencias exactas, ciencias naturales y ciencias fácticas o culturales, como el

propio fundador del Círculo de Viena, y director de la cátedra de *Filosofía de las Ciencias Inductivas*, el físico y lógico filósofo Moritz Schilck, el lógico matemático Rudolf Carnap, el lógico austriaco Ludwig Wittgenstein, el economista, sociólogo y psicólogo Otto Neurath, el físico matemático Philipp Frank, el pedagogo y filósofo Alfred J. Ayer con el *verificacionismo*²⁵, del mismo modo otros pensadores neopositivistas como los sociólogos Jürgen Habermas; el filósofo y catedrático de física experimental de la universidad de Praga Ernest Mach, el fundador de la físico-química como ciencia, el

²⁵ En **LA RELACIÓN TEORÍA-EXPERIENCIA, EN LA EPISTEMOLOGÍA DE THOMAS S. KUHN**, Martha Sanchez Campos, Thesis ad Doctoratum in Philosophia totaliter, Edita Pontificia Universitas Sanctae Crusis Facultas Philosophia, Roma 2003.Pg21 <file:///C:/Users/User/Downloads/TesisSanchezCampos.pdf>, La redactora de la tesis doctoral, reseña respecto de los filósofos del Círculo de Viena además de describir algunas de las características importantes que fueron útiles para la caracterización científica de las disciplinas, señalando que; *“Estos filósofos y científicos elaboraron una compleja epistemología que intentó fundamentar el valor de todo conocimiento sobre la experiencia sensible y la **observación experimental**, utilizando como instrumento de análisis la lógica simbólica de los Principia Mathematica de B. Russell y A. N. Whitehead, e inspirándose en la doctrina filosófica de Mach, a quien consideraban el precursor de la auténtica teoría empirista de la ciencia. Sin embargo, el neo-positivismo nunca aceptó plenamente las tesis de Mach, sino únicamente aquellos aspectos que eran compatibles con el método lógico-científico. (...)La propuesta del Círculo de Viena alcanzó su forma clásica en Der logische Aufbau der Welt de Rudolf Carnap, donde la estructura logicista fue asumida como un instrumento de análisis aplicable a la investigación epistemológica. Sin embargo, esta concepción había sido propuesta algunos años antes por Ludwig Wittgenstein en 1921 en su Tractatus Logico-Philosophicus. Según la interpretación del pensamiento de Wittgenstein aceptada por el neopositivismo, la publicación del Tractatus constituyó un momento esencial en el establecimiento de esta doctrina, gracias a que las tesis sostenidas en esta obra enlazaban perfectamente la tradición empirista con la nueva lógica matemática, ajustándose al objetivo del Círculo: “articular la comprensión del empirismo tradicional, especialmente la perspectiva de Hume, usando los recientes desarrollos de la lógica matemática”²⁸. De modo que si bien la primera formulación orgánica del positivismo lógico fue obra de Carnap, quien fundamentó su posibilidad fue Wittgenstein²⁹.*

neopositivista Pierre Marie Duhem, el abogado economista y padre del utilitarismo Jeremy Bentham, también el sociólogo Talcott Parsons, fundador de la corriente sociológica estructural-funcionalista entre otros; es de destacar en este orden de pensadores e ideas, que no han habido juristas o

iusfilósofos del derecho que hayan participado con interés metodológico del rigorismo epistemológico exigidas por las tesis del neopositivismo lógico, producto de la “*concepción heredada*” como son; la tesis verificacionista experimental, la inductiva probabilística, el lenguaje fisicalista, el atomismo lógico, y la unificación de las ciencias²⁰. Es necesario recordar que los temas abordados por la mencionada filosofía neopositivista, han sido marcados por una raigambre sociológica científica; las tesis observacionales, experimentales y de rigor lógico lingüísticos de los signos comunicativos, son todavía utilizados por la Sociología, Antropología, Historia, Economía así como la Psicología, tales ciencias tampoco han abandonado los métodos de la semiótica del lenguaje comunicativo, tal como lo explica Habermas sobre la teoría comunicativa “*que representa el intento de desarrollar una teoría de la sociedad que considera el entendimiento lingüístico -y por tanto la racionalidad comunicativa- como el mecanismo fundamental de coordinación de las acciones sociales*”²⁷, de ahí que ahora tengamos un código lingüístico científico útil para todas y cada una de las ciencias ya definidas y consolidadas indiscutiblemente como tales y también para las disciplinas del conocimiento que tengan por objeto mismo el estudio lógico de enunciados y códigos lingüísticos de una materia en particular como el

²⁰ En **SANCHEZ, Martha (2003) *La Relación Teoría-Experiencia, en la Epistemología de Thomas s. Kuhn, Roma Thesis ad Doctoratum in Philosophia totaliter, Edita Pontificia Universitas Sanctae Crucis Facultas Philosophia, Pg26.*** <file:///C:/Users/User/Downloads/TesisSanchezCampos.pdf>. La redactora de la Tesis Doctoral explica respecto de “*El pensamiento neo-positivista fue recibido con entusiasmo en las universidades americanas, donde siguió desarrollándose y se estableció como doctrina dominante hasta la década de los cincuenta. El rigor y la seriedad de sus representantes atrajo, no sólo, a numerosos epistemólogos sino a muchos científicos que llegaron a interesarse en los estudios de filosofía de la ciencia, surgiendo, así, una escuela dinámica y fuertemente autocrítica. En términos generales, esta fase del positivismo lógico, a la que algunos autores llaman empirismo lógico, puede definirse como una versión moderada del neo-positivismo del Circulo de Viena, que se alcanzó con la liberación del criterio empirista del significado. Este principio fue sustituido por un requisito según el cual cada proposición significativa debía ser controlada mediante el recurso a la observación y a la experimentación, pero sin exigir que los resultados de estos experimentos sean conclusivos; no obstante, se debía elaborar una base a través de la cual poder determinar la veracidad o la falsedad de las proposiciones científicas.*”

Derecho cuando estudia lógicamente al “acto” creador de la norma jurídica en el Derecho²⁸, sin embargo es de precisar en el mismo derrotero, que si bien las distintas disciplinas del conocimiento, pueden utilizar aleatoria e indistintamente las teorías y los productos de la empresa neopositivista, -

²⁷ En **HABERMAS, Jürgen (2008) LENGUAJE, RAZÓN Y VERDAD, Los Fundamentos del Cognitivismo en Jürgen Harbermas**, Madrid Pere Fabra, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Pg 87

²⁸ En **KELSEN, Hans (2009) La Teoría Pura Del Derecho, Buenos Aires Edudeba, Editorial Universitaria de**, Cuarta Edición. Pg32. En referencia al acto entendido como procedimiento legislativo, creador de normas jurídicas, el profesor señala que *“Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Ésta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho.”* (...)En la página subsiguiente relacionado también a los hechos humanos creadores de normas, el profesor cambia la acentuación del discurso ya no hacia la lingüística o semiótica, sino más bien hacia la “aprensión racional intelectual y no necesariamente empírica” de este hecho creador, el profesor escribe que: *“Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual.”* Es de advertir en estos párrafos una contradicción, los procedimientos formales para la dación de una norma tienen que ver, con operaciones discursivas legislativas pues imprimen persuasión y convencimiento para exponer los motivos para la dación de una norma, estos discursos son actos humanos expuestos en razones, y sí es verificable, y si éste discurso convincente subyacente sobre razones morales, políticas, económicas, sociales etc, debe ser persuasivo para crear la norma, no enuncia su propia significación, sino una significación entendible por los sujetos oyentes receptores de tal exposición de motivos, todos comparten los mismos signos lingüísticos, no hay mayor exámen semiótico o pragmático en la exposición creadora de la norma que convierta al Derecho que la estudia en Ciencia.

como cuando el Derecho echa mano a las obras de Wittgenstein²⁹-, ello no significa categorizar a dichas disciplinas como afectivamente científicas.

3.1.1.3 EL POSITIVISMO JURÍDICO KELSENIANO, PRETENSIÓN CIENTÍFICA A LA LUZ DEL NEOPOSITIVISMO FILOSÓFICO.

Sin perjuicio de lo anterior, ha sido el iusfilósofo Hans Kelsen quien, con la Teoría Pura del Derecho, promovió el complejo estudio de los enunciados jurídico normativos, con un esfuerzo especial con que ésta doctrina jurídica del “*Derecho Puesto*”, pretendió identificarse con rasgos de las manifestaciones epistemológicas del neopositivismo de cara a la cientificidad, Kelsen neokantiano y agnóstico²¹, distingue al derecho puesto

²⁹ En NARVÁEZ, M. (2004) *Wittgenstein Y La Teoría Del Derecho*, Madrid Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Pg 28 En este trabajo, la autora al referirse a su obra reconoce lo restringido de la vinculación y aporte de la teoría Wittgensteniana al derecho no sin hacer incapié en lo que ella describe como el “aval tanto de visiones escépticas del derecho como objetivistas” y seguidamente escribe con objetividad y sin apasionamientos lo siguiente: “Este trabajo también presupone una interpretación acerca de una aspecto de la obra de Wittgenstein. Concretamente una interpretación sobre cómo entendía Wittgenstein la tarea filosófica, la noción del problema filosófico y la posibilidad del progreso en filosofía. De esa interpretación se desprende que solo existen dos pequeñas, pero importantes, ayudas que el pensamiento de Wittgenstein puede ofrecer a la filosofía jurídica. La primera es librar a la iusfilosofía de su inconsciencia metafísica cuando dice estar explicando un fenómeno o una práctica social (...) y la segunda es una propuesta metodológica, que usando una de las máximas wittgenstenianas se resumiría en “la filosofía es una reordenación de recuerdos”. Esta propuesta implica que los cambios iusfilosóficos no sean más –porque no son más- que cambios en el punto de vista o en la forma de comprendernos a nosotros mismos y a nuestro entorno” Advertiremos que nada habla sobre una aproximación epistemológicas de los aportes del lógico austriaco al derecho que sea de rescate para ayudarlo a categorizarlo como ciencia, sin embargo nos alegra una cosecha a nuestro favor pues Wittgenstein creía también en calificar al Derecho como una práctica social, y no hay otra forma de entender a una “práctica” que como una actividad del hombre en dirección de un fin.

en sus dos aspectos, el primero como “*derecho estático*” -considerado como en estado de reposo es decir como un **sistema normativo establecido**, vigente y legítimo- y el segundo como “*derecho dinámico*” –constituido en la

²¹ En KELSEN, Hans (2009) *La Teoría Pura Del Derecho*, Buenos Aires Edudeba, Editorial Universitaria de, Cuarta Edición Pg 49, el Profesor del positivismo jurídico, desprende un argumento netamente Agnóstico respecto de la Ontología del Derecho y su vector la Justicia,

serie de actos dinámicos, sociales, legislativos y racionales por los cuales se da la **creación** del derecho²²-, tal distinción es muy importante pues ayuda a no confundir discusiones cuando aplicamos lo descriptivo, analítico al fenómeno puesto y lo observacional al procedimiento formal para la dación o sanción de dicho fenómeno; entonces tenemos que es posible aplicar la experiencia sensorial fáctica y observacional de los actos creadores al procedimiento relacional causal creador de derecho y hasta medir el alcance de sus objetivos desde la sociología jurídica, mientras que es posible en cambio analizarlo desde el ámbito aplicativo instrumental a la descripción del análisis lingüístico, lógico, semiótico, hermenéutico, semántico o sintáctico de las prescripciones normativas²³ y más allá también

como neokantiano idealista subjetivo, manifiesta la imposibilidad fundar la justicia en la experiencia, por obviedad tal *noumeno* pertenece a los valores, la axiología o la moral, el imperativo categórico dista de calificar como "*hecho positivo*", dejando claro que la discusión de la moral entendida ontológicamente no es materia de ninguna ciencia, así el profesor explica que "*De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".*

²² En, BULYGIN, Eugenio Y MENDONCA, Daniel I(2005) **Normas y Sistemas Normativos, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición**, Pg44 "*Kel sen entiende por tales sistemas. Pero cuando los juristas hablan del sistema jurídico quieren dar cuenta, a menudo, del fenómeno del cambio: las normas jurídicas suelen cambiar con el transcurso del tiempo; algunas normas son promulgadas, otras derogadas y otras modificadas. La posibilidad de tales cambios temporales determina el carácter dinámico del derecho.*"

²³ En BUNGE, Mario (1980) **Epistemología, Filosofía De La Tecnología, México Editorial Siglo XXI Editores SA, de Cv, Primera Edición Pg 197**. El profesor Bunge distingue lo que muchos operadores del derecho y juristas queremos esconder al atender al derecho no como una tecnología con fundamento pragmático por lo que resulta interesante reproducirlo fielmente cuando dice "*En otras palabras, mientras que para el científico, un objeto de estudio es una*

el examen de lo que “*expresan*”²⁴, al derecho puesto; ahora bien, visto desde su aspecto estático, el derecho tiene que ver con “el derecho que es”, aunque mejor sea decir “el derecho que está” porque no confundamos el “es” con el “ser” que le debe su ligamen siempre a la estancia ontológica y que nada tiene que ver con el estudio del fenómenos gramaticalmente puestos-, y visto desde su aspecto dinámico, el derecho tiene que ver con el “debe ser” respecto de lo que fue o será puesto, habida cuenta que una vez sancionada la norma mediante el mecanismo formal de su dación, la norma se legitima y solo queda la sujeción y obligatoriedad de donde deviene su fuerza vinculante²⁵; esto reconoce entonces que el profesor Kelsen ya había

cosa en sí, existente por sí misma, el tecnólogo solo se interesa la cosa para nosotros, aquella que está en nuestro poder crear, controlar o destruir. Y en tanto que para el científico, el conocimiento es una meta última que no requiere justificación, para el tecnólogo es una finalidad intermedia, algo a obtener: solo para hacer usado como medio para alcanzar una meta práctica.”En otras palabras, al tiempo que el científico busca conocer por conocer, el tecnólogo busca conocer para ser. No debiera extrañar que el instrumentalismo (pragmatismo operacionalismo) atraída tanto a los tecnólogos como a queines confunden la ciencia pura con la tecnología. La actitud pragmática para con el conocimiento se refleja, en particular, en la manera en que el tecnólogo trata e concepto de verdad. Aunque en la práctica adopta la concepción realista de la verdad (fáctica) como “adaequatio intellectus ad rem”, el tecnólogo no siempre se interesará por la verdad de las proposiciones que maneja. Le interesará las informaciones “datos”, hipótesis y teorías verdaderas siempre que sean conducentes a las

²⁴ En, En, BULYGIN, Eugenio Y MENDONCA, Daniel (2005) **Normas y Sistemas Normativos, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición, Pg16**, “La comunicación de la norma supone, pues, el uso de un lenguaje compartido tanto por la autoridad normativa como por los sujetos normativos, entendiéndose por lenguaje a todo sistema de símbolos que sirven para la comunicación (...). Sin embargo, aunque toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, la norma no es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido (o significado) que esos signos expresan.”

²⁵ En GARCÍA, Eduardo, (1994) **Filosofía del Derecho, México Editorial PURRUA SA. 7ma Edición, Pg134** En Derecho es u orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas –integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible- son normalmente cumplidas por los partioculares y, en caso de onobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.

metas deseadas, A menudo preferirá una semi verdad simple a una verdad más compleja y profunda.

realizado una distinción de los dos aspectos del derecho en la que uno de ellos escapaba al rigor aplicativo de su sistema dogmático, pues la creación del derecho a tenor del derecho dinámico, implica un ritual preestablecido donde es necesidad la persuasión, la discusión y la exposición de motivos que subyace sobre razones de naturaleza política, moral, económica, ideológica, ética etc. Y por otro lado, siguiendo a Bulygin, las normas jurídicas *estáticas* no pueden pasar por el filtro de la falibilidad, ni verificabilidad, pues estos conceptos epistemológicos nada tienen que ver con la veracidad de una regla de conducta puesta como “hecho positivo” o “impresión sensible”; las impresiones instrumentales como reglas de conducta, no son susceptibles de verificación ni falsación científica²⁶; las normas jurídicas puestas, atendidas con el filtro lógico lingüístico de calificación, vistas como proposiciones atómicas o moleculares, como juicios *analíticos* o *sintéticos*, como reglas primarias, adjudicatarias o de reconocimiento no soportan juicios de verdad o falsedad²⁷, **pues la regla normativa no describe el comportamiento del hombre, sino prescribe la regla del mandamiento del cómo debe conducirse el hombre, al margen de que el hombre lo obedezca o no, forzar la veracidad de las**

²⁶ En DWORKIN, Ronald (2005) *LA JUSTICIA CON TOGA*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición Madrid, Pg33, El profesor Dworkin escribe respecto de los realistas jurídicos reproduciendo lo que éstos sostienen que “las proposiciones jurídicas no son ni verdaderas ni falsas, sino solo expresión de las preferencias subjetivas de los jueces o de otras autoridades, de modo que el intento de buscar los valores de verdad para las proposiciones jurídicas constituye una absurda pérdida de tiempo”

²⁷ En, En, BULYGIN, Eugenio Y MENDONCA, Daniel I(2005) *Normas y Sistemas Normativos*, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición, Pg28, *Algunos lógicos y filósofos del derecho han intentado escapar al dilema de Jorgensen mediante el rechazo de la tesis 3), ya sea atribuyendo valores de verdad a las normas, ya sea postulando valores análogos a la verdad y falsedad, como por ejemplo validez o invalidez (cabe mencionar en este contexto a Kalinowski, Klug y Rodig.). Pero ninguno de estos autores han llevado a cabo un desarrollo satisfactorio de esta idea.*

reglas normativas, sería fungirlas como verdades a priori²⁸, pero ello no nos conduce a la ciencia, sino sólo estudiar una actividad o práctica sobre qué realizar con el derecho, y una alternativa válida e inmediata sería el buscar aplicar la actividad técnica de cómo confirmar la norma en la realidad y hacerla cumplir por su sola existencia, siguiendo este camino tampoco arribamos a una calificación metódico científica de las normas jurídicas como verídicas, más aún, las *verdades a priori* que no hayan pasado por el rigor experimental previo no pueden ser verdades científicas²⁹ tal como también concluye García Maynez, así entonces proponemos para el éxito de la tesis, el carácter acientífico del plexo de normas jurídicas o su imposibilidad metodológica de calificar como objeto del conocimiento científico autónomo que produzca leyes generales y verificables concluyentes fuera de su propio génesis normativo dado, aunado a que en este sentido, me adscribo a la posición que considera que la discusión respecto de la verdad o falsedad científica de una norma jurídica, no abona más al objeto final de la misma³⁰, que es regular efectivamente la conducta

²⁸ En **JIMÉNES, Roberto, (2008) Una Meta Teoría Del Positivismo Jurídico Madrid -Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Pg 75** El profesor enseña que *“de acuerdo con el verificacionismo, la verdad de los enunciados dependen de los procedimientos, métodos, reglas o pruebas a través de los cuales dichos enunciados se verifican*³⁰. *En todo caso, tradicionalmente se han hablado de un conjunto de enunciados que se resistirían a cualquier tipo de verificación pues serían necesariamente verdaderos a priori.”*

²⁹ En **JIMÉNES, Roberto, (2008) Una Meta Teoría Del Positivismo Jurídico Madrid -Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Pg 48** Así, *un enunciado es analítico cuando, a tenor de su estructura lógica, del significado de las palabras o de las definiciones de los y los símbolos que lo componen, es necesariamente verdadero o necesariamente falso. Por su parte, un enunciado es sintético o empírico cuando su verdad o falsedad está sujeta a la comprobación fáctica del mismo. Por tanto, el valor de verdad de los enunciados analíticos es a priori o independiente de la experiencia, mientras que el de los enunciados sintéticos es a posteriori, pues depende de observaciones sensoriales.*

³⁰ En **DWORKIN, Ronald (2005) La Justicia Con Toga, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición. Pg33**, El profesor Rond Dworkin escribe respecto de los pragmatistas y los realistas del derecho partiendo de la verdad o falsedad de una norma

de los hombres y realizar los valores jurídicos de una sociedad determinada, es de advertir por todo lo trabajado sobre este tema, que descuida o distrae la verdadera importante discusión sobre atender al derecho como un poder⁴⁰, y estudiarla con forma tecnológico social de aplicación reglada, para fijar los límites de su poder mismo que le es consustancial y que lo resiente cuando se reacciona en respuesta al poder del derecho que se pretenda arbitrario y abusivo, tal como la inmune norma prohibitiva del control judicial de los laudos de derecho que resuelven los conflictos contractuales del estado peruano.

3.1.2. EL DERECHO, TEORÍA QUE LO ENTIENDE COMO UNA SOCIOTECNOLOGÍA, PRÁCTICA Y UTIL.

Habida cuenta que la doctrina y la comunidad especializada de nuestra disciplina del derecho, no se han puesto de acuerdo y disienten unos respecto de otros al momento de calificar al derecho como ciencia, también difieren unas escuelas de otras, situación que no pasa en otras ramas del conocimiento que sí han alcanzado el rigor de su calificación científica, entonces es menester y oportunidad de desarrollar la teoría que sostiene que el derecho es una sociotecnología, postura a la que la presente tesis le debe su inclinación.

jurídicas no son ni verdaderas ni falsas, sino expresión solo de las preferencias subjetivas de los jueces o de otras autoridades, de modo que el intento de buscar el valor de verdad para las proposiciones jurídicas constituye una absurda pérdida de tiempo.(...) una versión más sofisticada de estas tesis escépticas se ha defendido de forma más organizada y filosófica por otros escritores que se autodenominan “pragmatistas”.

jurídica: “Desde hace décadas estos supuestos han sido desafiados por algunos juristas académicos que se autodenominan “realistas” jurídicos y que insisten que las proposiciones

⁴⁰ En **García, Ruben (2010) Papeles de Teoría y Filosofía Del Derecho, Madrid, Instituto De Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas Universidad Carlos III De Madrid Pg 13.** *Nosotros consideramos que el Poder es el elemento más importante en el momento de creación de un sistema jurídico y continua siendo un elemento central en momentos posteriores, ya que lo sustenta. El Derecho es un instrumento social que está íntimamente relacionado con el Poder, aunque a su vez se limite y se racionalice a través de él.*

3.1.2.1 LA DISCIPLINA DEL DERECHO COMO TECNOLOGÍA SOCIAL EN MARIO BUNGE Y LA TÉCNICA EN ORTEGA Y GASSET

De la naturaleza de los hombres se desprende que son conflictivos para el alcance de sus egoístas apetitos o expectativas de ventaja material contra otros sus semejantes, en un estado de libertad sin control, el ser humano ha recurrido en un principio a la *acción directa* como mecanismo para la protección y vindicación de sus intereses, escenario que minaba la convivencia pacífica en sociedad y el conflicto así era productor de violencia, única expresión material de ilegítima autotutela, donde prevalecía el caos de la ley del mar fuerte, de ahí que el hombre tomó consciencia de lo pernicioso que era el caos y el desorden para su sobrevivencia en comunidad, y reconoció una necesidad irrefragable como tal, entendió que para la pervivencia en sociedad se requiere de reglas coercitivas como códigos sociales aceptados por la comunidad y así resultó el Derecho, no más que como una respuesta a una necesidad importante de regular la conducta del hombre, que en estado de libertad resultaba pernicioso para sí mismo como ente social. Ésta reacción del hombre se ha advertido desde su aparición, pues siempre donde ha reconocido una necesidad para su sobrevivencia o realización como ser humano, hizo producir lo que no estaba ahí en la naturaleza, ha utilizado medios materiales o de conocimiento para conseguir fines, esto es significa que instrumentalizó las cosas existentes para crear aquello que no estaba cuando hacía una falta, hizo o transformó las cosas de la naturaleza, hizo fuego para producir calor, guaridas para protegerse del frío, creó reglas de convivencia para convivir, labra la tierra y caza los animales para alimentarse, siempre ha transformado las cosas con arreglo

al plan de satisfacer una finalidad sustentada en las necesidades que reconocía, así tenemos entonces que: la creación o transformación de las cosas, la finalidad, los medios en tanto que instrumentos o herramientas y la utilidad práctica, constituyen los elementos de la Técnica.

La Técnica es definida como *“la reforma que el hombre impone a la naturaleza en vista de la satisfacción de sus necesidades”*³¹, partimos citando al filósofo José Ortega y Gasset, para quién la relación entre la técnica y nuestra innata capacidad racional intelectual merece esta apreciación: *“Sólo en una entidad donde la inteligencia funciona al servicio de una imaginación, no técnica, sino creadora de proyectos vitales, puede constituirse la capacidad técnica”*. ésta conexión entre ingenio creador de conocimientos instrumentales deduce también la necesidad de una actividad reglada para hacer útil tal conocimiento o precepto instrumental, dicese así formar la capacidad técnica; también Mesthene Joseph conceptualizó a la técnica como aquel *“conocimiento o conjunto de reglas con propósitos prácticos, como el uso de herramientas para alcanzar fines específicos”*; dice Vergne que el ser humano con la ayuda de la técnica ha podido *“alterar ciertos procesos naturales y sociales en forma deliberada y con arreglo a planes”*³², es sabido que no hay planes sin fines, Ferrater Mora, en su diccionario filosófico ha resaltado que la *“téchne es toda serie de reglas por medio de las cuales se consigue algo”*. Ante los conceptos citados, es de resaltar que el Derecho goza como continente conceptual de la técnica aplicada a la conducta humana con arreglo a la política, goza de esta relación con una precisión meridiana, goza de sus características y

³¹ En **ORTEGA, José, (1939) Meditación De La Técnica, Artículo Publicado en https://francescllorens.files.wordpress.com/2013/02/ortega_meditacion_tecnica.pdf** [técnica.pdf](#). Pg 8,

³² En **VERGNE, C.R. Una Mirada Filosófica Sobre La Tecnología, artículo Publicado en <http://www.fc.ai.uncu.edu.ar/upload/21etc-vergne-fcai-uncuyo.pdf>** Pg 2

manifestaciones, así es que el Derecho expresa todos los elementos de la técnica, de tal modo que quien opere con él sea en su manifestación estática o dinámica lo hace con razonabilidad, moralidad, destreza, habilidad, calidad, ingenio, sindéresis etc, para obtener sus bondades siempre con arreglo a un fin; el Estado dicta el derecho con el fin de realizar sus políticas, los Jueces con el fin de realizar los valores ínsitos en la norma o simplemente con el fin de confirmarla, los abogados operan con las normas jurídicas con el fin de relacionarla con los hechos y colegir una consecuencia liberatoria, confirmatoria o sancionatoria, en el sentido de servirse del derecho para la defensa de los intereses de sus patrocinados, todos quienes operan con el Derecho lo hacen en un sentido instrumental normativo, aplican la técnica que se constituye en el conjunto de reglas que define el cómo se debe operar con las normas para confirmarlas y hacerlas cumplir o conseguir el fin.

Para el epistemólogo Mario Bunge, el Derecho constituye una tecnología social o sociotecnología; un constructo del hombre cuyo destino se encuentra a merced de la voluntad social que decide ni científica ni arbitrariamente sino económica, moral, cultural o políticamente, no a causa de la naturaleza sino de vuestra voluntad humana³³, tal como nuestra primera preocupación, que además de atender al derecho como un conjunto de normas puestas (positivizadas) e instrumentales, se advirtió que ésta conceptualización resultaba insatisfactoria y era necesario distinguirla de la disciplina que la estudia, en este sentido el profesor Bunge sostiene que el Derecho es una disciplina que estudia las formas que utiliza una sociedad para mantener, mejorar o reemplazar un sistema o proceso social

³³ En **BUNGE, Mario (1999) Las Ciencias Sociales En Discusión: Una Perspectiva Filosófica, Buenos Aires Editorial Suadamericana S.A. Primera Edición.** Pg 21 *“Nada de lo social puede “tomar su curso natural” porque todo lo social es al menos en parte un artefacto. (Corolario: todos los procesos sociales pueden ser modificados por una intervención humanad liberada — en parte racionalmente planificada—, en especial por la acción colectiva coordinada.) En suma, la expresión “naturalismo social” es un oxímoron.”*

existentes, la tecnología social como lo sería el derecho, diseña y rediseña unos sistemas u otros con la finalidad de afrontar problemas o necesidades sociales, tal es ejemplo así “el delito”³⁴; tenemos que distinguir entonces la interacción, siguiendo al profesor Bunge, entre Ciencia, Tecnología y Praxis, desde que toda actividad práctica como la abogacía por ejemplo, es objeto de una sociotecnología que la disciplina y estudia, ésta puede fundarse y justificarse por una o más ciencias, y toda ciencia también puede construir o fortalecer una determinada tecnología y orientar su correspondiente actividad práctica; aclarada esta interrelación entre las ciencias, sociotecnología y técnica pasamos a distinguir al Derecho como aquel conjunto de instrumentos normativos necesarios para regular la convivencia social, y que requiere de una técnica procedimental por medio de los cuales, los instrumentos normativos operan para realizar los valores ínsitos en ellas mismas y que constituyen los valores instaurados por la política del Estado como autoridad ordinante.

Ahora bien en este sentido, si las políticas de estado en materia de sus Contrataciones de Bienes, servicios u obras, se encuentran firmes en la normativa de la Ley de Contrataciones, Ley general del sistema nacional de presupuesto, la consagración de la Administración pública como bien jurídico protegido y su alcance a la protección del patrimonio público, el reconocimiento de las contrataciones del estado como zona crítica de la administración pública, entonces no será derecho aquella norma jurídica que contradiga los valores fundantes que integralmente desarrollan la contratación pública, la protección del derecho material se garantiza con el control de la debida motivación del derecho aplicable a los casos concretos, una norma que desatienda y más bien libere al arbitraje de derecho de tal principio, afecta los principios fundamentales y las normas constitucionales

³⁴ En **BUNGE, Mario (1999) Las Ciencias Sociales En Discusión: Una Perspectiva Filosófica, Buenos Aires Editorial Suadamericana S.A. Primera Edición.** Pg 323 concluyó el profesor Bunge así: “Consecuentemente, la medicina social, el trabajo social, las ciencias de la administración,

como el de la debida motivación, al prohibir el control de la aplicación y cumplimiento del derecho material aplicable a los caso concretos que conoce.

la macroeconomía normativa y el derecho son sociotecnologías; también lo son las disciplinas que estudian la protección ambiental, el bienestar, la educación, el trabajo, el control social, la planificación urbana, las finanzas y la política pública en general.”

En este derrotero, cabe distinguir al Derecho en la praxis cómo aquella actividad técnica que tiene el fin de realizar los valores de la política establecida por el legislador. También distinguir al Derecho en tanto que sociotecnología, como aquella disciplina que estudia las interacciones de los instrumentos normativos, su proyección hacia la sociedad, su capacidad de alcanzar los objetivos diseñados por la política y su interpretación aplicativa, su inseparable contenido axiológico y el poder de autorregular su actividad aplicativa de confirmación, esto comprende como resultado todo un complejo especializado de normas, *“metanormas, opiniones expertas, precedentes legales sobre el comportamiento permisible, prohibido y obligatorio”* que le deben su utilidad a la pragmática social³⁵, Derecho que reconociendo su imposible divorcio de la axiología que le sostiene, arribamos al *positivismo incluyente*³⁶ pues sin necesidad de negar la

³⁵ En JIMÉNES, Roberto, (2008) **Una Meta Teoría Del Positivismo Jurídico Madrid -Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A**, El instrumentalismo pragmático se caracterizaría, así, por varios rasgos principales tales como la defensa de una teoría del valor utilitaria, cuantitativa, convencional lista y mayoritaria; un compromiso con los métodos de las ciencias naturales; un enfoque tecnológico del derecho que permitiría verlo como un instrumento al servicio de las metas sociales y a los juristas como ingenieros sociales.

³⁶ En ALEXI, Robert Y BERNAL, Carlos (2008) **El Concepto y la Naturaleza del Derecho Madrid -Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A**. El autor en este apartado donde desarrolla El positivismo incluyente y excluyente,, sostiene *“El positivismo incluyente, así como lo defiende, por ejemplo, Jules Coleman, puede considerarse como un rechazo tanto del positivismo excluyente como del no-positivismo. El positivismo incluyente señala uqe la moral no esta necesariamente incluid que dependa de lo realmente establezca el derecho positivo.*

existencia del derecho puesto, se le puede concebir no necesariamente desprovisto de la justicia entendida como el valor director del Derecho que debe guiar su imposición, ya que aceptar la existencia instrumental del derecho puesto como positivismo jurídico, es también atenderlo como un fenómeno continente desde su dación de valores que el ordinante ha previsto e impuesto, valores sociales que sostienen a las normas jurídicas, que le dotan de espíritu, esto es decir que toda norma jurídica es portadora de principios jurídicos que le subyacen, así las normas continente de valor constituyen instrumentos para realizar éstos en la sociedad, la axiología se realiza al exigir el cumplimiento de la norma misma, de modo tal que el derecho conforma un plexo de reglas cuyo cumplimiento se exige para realizar los valores de la política, éste es el propósito práctico, el fin específico del derecho como técnica es hacer efectivos los valores que la sociedad representada ha impuesto a través de la autoridad ordinante.

Arribamos así a proponer proclutivamente que las normas jurídicas (como por ejemplo aquella prohibitiva del control de la debida motivación de los laudos de derecho que resuelven los conflictos de las contrataciones del estado), que se encuentre desprovista de valores o principios jurídicos que la justifiquen y entonces legitimicen, entonces será denunciada desde la filosofía, y también desde la dogmática jurídica, pues siquiera no podría calzar en la definición de instrumento normativo portador de principios o realizador de valores conformes con el neoconstitucionalismo.

3.1.2.2 EL DERECHO COMO UNA TECNINA SOCIAL EN KELSEN.

Expuestas las bondades del "*Derecho Puesto*" en las dos manifestaciones que distingue Hans Kelsen, el iusfilósofo del "*ius positum*" como "*positivismo Jurídico*", sin embargo y a propósito de los resultados de su trabajo, debemos reconocer que no se ha logrado unificar el criterio universal válido

de calificar al derecho como una ciencia, pues tal discusión es aún vigente hasta hoy; ahora bien, respecto de la pragmática de dicha discusión es imprescindible fijar posición y ubicarnos en el carácter técnico del conocimiento jurídico, ya que desde el ángulo que elijamos, se partirá con paso seguro al desarrollo de los fundamentos de este apartado que trata sobre la materialidad, utilidad e instrumentalidad del derecho³⁷.

Así las cosas entonces es menester destacar algo que Hans Kelsen, en su magno trabajo ha desarrollado un aserto del que echamos mano, tal es así que el profesor, en el capítulo que dedica al *Derecho como orden coactivo*, atiende a éste en un subtítulo destacando que "*El Derecho Es Una Técnica Social*" postura a la que se inclina y comparte la presente tesis para sustentar sus conclusiones; dicho esto, repaso el desarrollo de la actividad normativa que actúa como una técnica, claro está una técnica que compele al hombre a conducirse conforme a un orden preestablecido por la política,³⁸ hacia valores finales que comparten convencionalmente la organización social representada, así entonces resaltamos una característica irrefutable del derecho, que le es innegable la realización de un fin, el mismo que se sustenta en lo que la sociedad representada estatalmente impone para evitar la *conducta socialmente nociva*³⁹, si esto es así, podemos afirmar sin

³⁷ CABIESES, Guillermo (2012) *El Carácter Interdisciplinario Del Derecho Y La Utilidad De La Economía En Su Estudio*, Lima Themis Publicación Editada Por Alumnos De La Facultad De En, BULYGIN, Eugenio Y MENDONCA, Daniel (2005) *Normas Y Sistemas Normativos*, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición. Pg15 Entendemos por "norma" una preinscripción emitida por un agente humano, denominado "autoridad normativa", dirigida a uno o varios agentes humanos, denominados "sujetos normativos", que obliga, prohíbe o permite determinadas acciones o estados de cosas(...) una de las finalidades principales que persigue la autoridad normativa al dictar normas es motivar ciertas conductas sociales.

³⁹ En KELSEN, Hans (2009) *La Teoría Pura Del Derecho*, Buenos Aires Eudeba, Editorial Universitaria de, Cuarta Edición. Pg 58. Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada (...) La técnica específica del derecho,

Derecho De La Pontificia Universidad Católica Del Perú 2012-2, Pg 13, El profesor Guillermo Cabieses, en el apartado subtulado "*Cientificidad Del Derecho Y Su Supuesta Autonomía Disciplinaria*" de su artículo, y refiriéndose a Oliver Olmes, el profesor escribe que "*Para Holmes el derecho no era más que una herramienta para alcanzar fines sociales y no una ciencia. Holmes consideraba que el entendimiento del Derecho requería de una comprensión sobre el funcionamiento de la sociedad, que es además, la base para las corrientes que el realismo jurídico generaría más tarde*"

temor que la *autoridad normativa* dicta las normas porque éstas eviten conductas nocivas socialmente, lo que supone el contenido de ciertos valores en las reglas que la sociedad plasma a través de la *autoridad normativa*, pues debemos entender que para llegar a la conclusión de que hay conductas nocivas para la sociedad, ésta ha sido una conclusión convencional de los legisladores, para quienes investidos de representación, han valorado como nociva a una conducta y como buena a otra, y han decidido plasmar como fin de las normas que dictan, el evitar una conducta, la nociva (tal como Kelsen) y motivar otras conductas (tal como Buluyin y Mendoca), las buenas; así se han instituido valores que el poder público ha impuesto o que es lo mismo decir que el Estado como *ordinante* ha puesto a través de la norma jurídica⁴⁰; una vez activada la regla *secundaria de reconocimiento* respecto de la pertenencia de la norma al sistema jurídico vigente por la regularidad formal de su dación, una vez reconocidos los valores racionales contenidos en dicha norma para interpretarla conforme a su teleología, (lo que otros denominan el *espíritu de una norma*, al crear jurisprudencia), se le es reconocida su positividad y en esa

que consiste —recordémoslo— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

⁴⁰ En. WALUCHOW, Wilfrid, (2007) **Positivismo Jurídico Incluyente**, Barcelona, Editorial Marcial Pons;, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A. Primera Edición. El positivismo jurídico su kit sugiere que los fundamentos del derecho se agotan en un conjunto finito de reglas válidas por la voluntad del soberano (Austin y Bentham).

consustancialidad se erige el Derecho validado por existente y legítimo no solo por su estructura lógica o su regular dación revisada por la dogmática jurídica (que tampoco es científica)⁴¹, sino también por su contenido concorde con el sentido de los principios que lo subyacen y concorde con la norma superior con el que se adentra al tema de lo constitucional que se verá más adelante.

Ante la exposición de este derrotero iusfilosófico, se produce que una norma jurídica prohibitiva de controlar el derecho mismo, no se justifica y legitima por su sola dación formal, pues como la creación del derecho tal como se ha señalado, es producto de la voluntad humana y no del conocimiento científico, y como tal es pasible de humano error, consecuentemente es preciso a dicha norma, exigirle la exposición de cuáles son los principios que le dan legitimidad racional y positivizan su vigencia.

Tres conclusiones adoptamos así; la primera de ellas es que *“las normas jurídicas tienen una finalidad que es el de realizar valores”*⁶², que pueden ser

—en los términos en los que se expresa una ley de probabilidad— dispone de tantas probabilidades de producirse o de no producirse”. Esto es lo que comúnmente se conoce como la búsqueda de las “causas”. Estas leyes científicas elaboradas por el especialista permiten a los hombres reconocerse en el transcurso de las cosas, prever las secuencias de acontecimientos por venir y prepararse para ello, llegando incluso a provocarlos de forma voluntaria, a su propia conveniencia, o reconstruyendo mentalmente la sucesión de los acontecimientos del pasado. La Dogmática jurídica, en cuanto tal, no abarca en absoluto el campo jurídico en función de la relación de fenó- menos, de fenómenos humanos o culturales, que tendrían que ser observados

⁴¹ En EMSELEK, Paul (2006) **El Paradigma Positivista de la Dogmática Jurídica, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7. T. 1. Pg 26**, El profesor emérito de la Universidad de París II, explica al respecto lo siguiente *“hemos de precisar que la Dogmática jurídica no es una Ciencia, sino una tecnología, lo cual resulta ser completamente diferente Una ciencia, en efecto, estudia los fenómenos —es decir, las cosas que se producen— en vistas a formular reglas, a establecer leyes que den testimonio de la aparición de estos fenómenos en el flujo de acontecimientos que la realidad hace desfilar ante nuestros ojos; leyes del tipo: “cuando los fenómenos A y B se producen, el fenómeno C debe producirse, o no debe producirse, o incluso*

con vistas a producir reglas que diesen cuenta de su prolongación histórica. La Dogmática aborda el Derecho desde un punto de vista puramente técnico, como un conjunto de instrumentos, de mecanismos —en su caso, de mecanismos mentales—, de herramientas de dirección de las conductas humanas como son las normas jurídicas, en definitiva, como una técnica.”

⁵² En **GARCÍA, Eduardo, (1994) Filosofía Del Derecho, México Ediciones Porrúa S.A Séptima Edición Pg 138**, Se explica al derecho como creador de relaciones intersubjetivas por parte del ordinante, esto es los legisladores creadores de normas, sin descuidar la finalidad que persiguen con las normas jurídicas creadas, así explica el profesor *“Al propio tiempo, los actos de observancia o de aplicación oficial dan origen a una enorme red de relaciones intersubjetivas, a través de las cuales quedan, mediata o inmediatamente, cumplidos los fines del ordinante, (es decir la sociedad jurídicamente organizada) y, con ello, realizados en que tales fines se fundan”* morales, económicos, políticos, sociológicos, culturales etc, la segunda es que *“la norma en actividad resulta instrumental”* para alcanzar los fines sociales, así la norma positiva en acto se dirige a alcanzar un fin social, y el modo de su actuación también es regulado lo que supone una técnica de aplicación de la norma para alcanzar los fines de realización, por lo tanto significa que está investida de todo el poder necesario para lograrlo, si los fines sociales de la política se alcanzan regulando la conducta de los hombres como *sujetos normativos*; aquí la tercera conclusión entonces, que *“la norma constituye un poder coactivo”* para desincentivar la conducta discordante con los valores del fin social preestablecido; debemos reconocer que no solo a través de la imputación el derecho reprime ciertas conductas, pues las desincentiva también simplemente sin prestarle la tutela jurídica, como en el caso de la nulidad de los negocios jurídicos; en fin, **el derecho constituye entonces un instrumento para la realización de valores sociales impuestas por el poder público**, visto el derecho desde su carácter instrumental para la realización de los fines sociales, podemos coincidir con una de las conclusiones del profesor Kelsen cuando señala que *“el derecho no es un fin sino un medio”*, tan verdad es esto que por ejemplo *las reglas primarias de Hart*⁵³, existen para ser confirmadas y esto último es solo posible con una técnica procedimental que la *reconoce* legítima

. Y página siguiente, Pg 135. Se advierte al Derecho puesto, no prescindiendo del cumplimiento teleológico hacia una fin axiológico social, como lo describe el profesor García Maynes *“Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas-integrantes del sistema que regula la conducta de manera bilateral. Externa y coercible-son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.”*

⁵³ **GARCÍA, Rubén (2010) *La Regla De Reconocimiento De De Hart-*** Instituto De Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas Universidad Carlos Tres de Madrid año y ISSN 21 71-8156 Pg. 24. Absolutamente concorde con el correlato de la tesis el Profesor Rubén García explica al derecho de forma instrumental de la siguiente manera *“El derecho es un instrumento social, que cumple una función determinada y que está influido por el poder que lo apoya, de modo que los valores y principios que tiene de este poder suele ser incorporados al derecho.”* (el resaltado es nuestro).

mediante un procedimiento (esto es también una técnica conducida por sus propias reglas) donde se activa la regla *secundaria de reconocimiento* respecto de la pertenencia de la norma al sistema jurídico vigente por la regularidad formal de su dictado, además de ser también reconocidos los valores racionales contenidos en dicha norma para interpretarla conforme a su teleología o espíritu para luego serle reconocida su positividad; ésta reglada actividad aplicable a las normas jurídicas que es la revisión de su legitimidad formal y que se realiza ex ante de revisar el contenido de su positividad, implica también una técnica para un fin; por lo que resulta claro que a pesar de las preocupaciones improductivas de algunos teóricos como Marcelino Rodríguez cuando escribe su extrañeza e inquietud por la inexistencia del derecho en el esquema clasificatorio del epistemólogo Mario Bunge ⁴² ; el Derecho en actividad de confirmación se constituye

⁴² En **RODRÍGUEZ, Marcelino, (2000) *Introducción a La Filosofía Del Derecho***, Madrid Universidad Complutense Facultad De Derecho Servicio De Publicaciones, Primera edición, Pg 55. Donde el teórico del derecho luego de reconocer lo difícil que resulta la tarea de dirigir hacia el Derecho la teoría de ciencia, aborda su extrañeza la inexistencia el derecho como ciencia en Bunge, escribiendo así *“Trasladar a la ciencia del derecho el actual debate los logros conseguidos por la teoría de la ciencia contemporánea no es tarea fácil. Se trata por el contrario, de una tarea sumamente difícil y sin embargo inaplazable. En este contexto no cabe duda que resulta por lo menos curioso e inquietante constatar que en el esquema general de clasificación de las ciencias que propone M. Bunge no aparezca en absoluto el derecho.”*

instrumentalmente sobre la que es aplicada una técnica reglada para realizar sus fines, ya que los esquemas procedimentales tanto para el reconocimiento de la legitimidad de una norma y la aplicación de su contenido positivo, no son procesos científicos sino procesos con sus propias reglas que por no ser científicas se suponen técnicas, además habida cuenta de la dificultad en la calificación del derecho como ciencia entonces queda una legítima cuestión, atenderla como una técnica⁴³⁴⁴.

Se ha desarrollado que, si el Derecho en actividad de confirmación se constituye instrumentalmente, es decir que nos encontramos ante instrumentos normativos para la conducta social, y sobre éste instrumento normativo es aplicado una técnica reglada que verifica sus valores en la hermenéutica para realizar sus fines, entonces una “norma jurídica arbitral que técnicamente prohíba el control del propio derecho puesto” negando la posibilidad de controlar al derecho material instrumental, se advierte como una norma que no calza siquiera como norma técnica procesal, pues como norma técnica es útil solo para hacer inútil el derecho material instrumental.

3.1.2.3 EL DERECHO COMO UNA COMPLEJA DISCIPLINA SOCIOTECNOLÓGICA Y EL POSITIVISMO JURÍDICO COMO PLEXO NORMATIVO INSTRUMENTAL.

⁴³ En RODRÍGUEZ, Marcelino, (2000) *Introducción a La Filosofía Del Derecho*, Madrid Universidad Complutense Facultad De Derecho Servicio De Publicaciones, Primera edición, Pg

⁴⁴ . Reproduzco textualmente lo escrito pue no requiere más comentario dada su claridad “...es

Los esfuerzos conceptuales y teóricos precedentes a los que se adscribe la presente investigación, ha sido para distinguir dos conceptos que serán de uso constante, consecuente y sistemático en el desarrollo de la tesis, uno de ellos es el Derecho en rigor constituye una disciplina sociotecnológica que estudia al *derecho puesto* como fenómeno empírico instrumental conformado por reglas de conducta sociales que guían la acción del hombre conforme a los valores impuestos por la política económica, social, moral, cultural, idiosincrática etc, del ordinante, en este sentido estudia también la interacción y eficacia de dichas normas con relación al alcance de sus objetivos, estudia los resultados de la aplicación

decir, que, en el mejor de los casos, se le pueda conceptualizar como un conjunto más o menos ordenado de instrucciones prácticas para resolver hábilmente y de una manera uniforme las múltiples cuestiones jurídicas (...), Para la cual Teoría de la Ciencia esto supone trasvasar el problema al cause inferior de la teoría de la Técnica o la tecnología..."

de las normas jurídicas a los casos concretos así como su trascendencia hacia la sociedad, utiliza a otras ciencias como a la sociología jurídica, a la economía, a la sociología, la historia, antropología y otras más para hacerse de sus resultados y servir de base para entender y explicar la normatividad vigente y en otros casos, justificar los cambios en las normas jurídicas vigentes por cuestionar su eficacia, también utiliza los discursos éticos, ideológicos, naturalísticos, morales e idiosincráticos para formular nuevas normas jurídicas, y en ese camino estudia la formalidad de la dación de unas normas conforme a sus propias reglas sociotécnicas. Así concluimos al Derecho como una compleja disciplina sociotecnológica que estudia su objeto desde diversas perspectivas y ángulos, utilizando métodos dogmáticos, inductivos, deductivos, abductivos para producir normas jurídicas y doctrina jurídica.

Así tenemos en cambio al positivismo jurídico, entendido en estricto sensu, como un conjunto de normas jurídicas legítimas, vigentes formalmente dadas y cuya legitimidad además de su formal dación subyace

en los principios jurídicos que la justifican; positivismo porque deviene del derecho “*positivum*” “*positum*” o derecho “puesto” o impuesto, y jurídico porque nos referimos al fenómeno desde su legitimidad y vigencia.

3.1.3 EL DERECHO Y EL POSITUM JURÍDICO A LA LUZ DEL PRAGMATISMO ÚTIL AL ARBITRAJE DE DERECHO.

Es momento de tomar partido y citar sucintamente -ya que el discurso extendido sobre el positivismo no es tema principal de la presente Tesis a no ser solo una prolucción básica pero necesaria- las corrientes que han nutrido el caldo de cultivo donde se germinó el positivismo jurídico útil para la pragmática del Derecho.

Es innegable que: el empirismo sensualista del agnóstico David Hume; la lógica como principio demostrativo de los hechos del Utilitarista John Stuart Mill⁴⁵; los fenómenos acaecidos en la experiencia como base del mundo material y el método inductivo de Francis Bacon; la observación empírica de los hechos como el suministro científico al hombre como verdadera base racional, teórica, para la acción y la Física Social positivista de August Comte⁴⁶; y sobre todo el empirismo radical del pragmático William James ⁴⁷ ; el Pragmatismo Instrumentalista de John Dewey, y principalmente la semiótica y abducción del padre del pragmatismo⁴⁸ Charles Sanders Peirce, jugaron un papel importante en

⁴⁵ En LONGFELLOW, Enrique, (1974) *Enciclopedia Barsa*, 13ra Edición, Barcelona Ediciones Oceano SA Enciclopedia Británica INC, , Tomo X, Pg. 303

⁴⁶ En POVIÑA, Alfredo (1977) *Tratado de Sociología 6ta* Edición ampliada, Buenos Aires Editorial Astres, Pg.158.

⁴⁷ En GISPERT, Carlos (1982) *diccionario enciclopédico océano*, 1ra Edición, Barcelona Ediciones Oceano SA, Tomo XVI, pragmatismo.

⁴⁸ En VALLEJOS, Guido Master en Filosofía por la Michigan State University, *Peirce, Semiotica y Realismo*, Revista Virtual Publicada por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de

la evolución del conocimiento cuya importancia ayudó a superar el pensamiento utilitarista benthoniano y en materia jurídica aportó a tomar al fenómeno del Derecho como producto de nuestra experiencia de interrelación con los demás, y concebirlo sino como un hecho social necesario, útil e instrumental para la regulación de esa objetiva realidad que se materializa en las interrelaciones del convivir entre los hombres, esas reglas del Derecho como fenómeno inteligible, aprehendido por nuestra experiencia sensible, útil para procurarnos paz social con mayor beneficio de aplacia y menos dañosidad o dolor realiza al Derecho cual herramienta impuesta como base racional útil para la acción del hombre.

El pragmatismo, que tiene indiscutible raigambre norteamericana, tal como escribió famosamente William James, no goza triunfal de ser una teoría filosófica sino un “modo de pensar”, no obstante su contribución al derecho estriba en la impronta que ha dejado en algunos teóricos del derecho como Manuel Atienza⁴⁹, quienes consideran que la teorización del derecho no valdría una hora de pena si no produjera utilidad práctica tendiente a la mejoría del derecho como constructo interrelacional jurídico social; la importancia de desarrollar el pragmatismo jurídico es para armonizar el discurso llevado a cabo hasta el momento habida cuenta que el pragmatismo desdeña la discusión respecto de la verdad o falsedad de los enunciados normativos y consecuentemente desatiende al derecho como ciencia sino más bien la ve desde el ángulo instrumental que le

Chile. <http://www2.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/05/peirce.htm>,

⁴⁹ **En Entrevista Al Profesor MANUEL ATIENZA** por Alejandro Gonzales Piña; Cuando al profesor Manuel Atienza le preguntan: “¿Cómo describirías el tipo de filosofía del derecho que tú practicas? ¿Cuál es tu visión de la filosofía del derecho?”, el profesor responde: “*partidario de una concepción constructivista más o menos próxima a la de Rawls, Habermas o Nino (creo que no hay diferencias muy grandes entre los tres); y, sobre todo, como pragmatista, entendiendo como pragmatismo una concepción, una actitud, que da primacía a la práctica. Mi visión de la filosofía del Derecho, reinterpretando la famosa tesis XI sobre Feuerbach de Marx, podría resumirse así: los filósofos del Derecho deben procurar entender el Derecho para transformarlo y, así, transformar –mejorar– también la sociedad*”
<http://dfddip.ua.es/es/documentos/entrevista-a-manuel-atienza.pdf>

debe su auxilio de la mejoría social.⁵⁰ Así hemos logrado acercar el “ius positum” o iuspositivismo incluyente al pragmatismo, para categorizarlo como el plexo instrumental de normas jurídicas vigentes, legítimas coercitivas como innegable hecho social, promulgado por el hombre para su relación con los demás, fenómeno beneficioso para la pervivencia pacífica y herramienta para regular la conducta humana en su estado de libertad, cuya certeza le es considerada únicamente desde la perspectiva de su utilidad social, utilidad medida por los resultados de su contenido en actividad práctica del hombre para con sus semejantes⁵¹.

La racionalidad del hombre en su afán de instrumentalizar el conocimiento y su voluntad, ha llegado en su sofisticación a provisionarse de normas materiales que regulen su conducta, pues reconoció la necesidad de una tutela jurídica sustancial de sus derechos e intereses y para que tales normas positivizadas sean útiles, provisionó también de normas técnicas procedimentales que garanticen la efectiva protección de los intereses legítimos relacionales entre los hombres proveídas por el derecho material, por esta razón es que el Derecho contempló el proceso como el mecanismo por excelencia para garantizar el cumplimiento del derecho material haciéndolo útil, vigente y confirmable; no olvidemos una característica importantísima, ya que hablamos de las normas jurídicas, es que los instrumentos como las técnicas aplicadas a ellos cambian, son obsoletos en la medida de los fines y eficacia que pretenda alcanzar, esa es una característica

⁵⁰ En, **DWORKIN, Ronald, (2005) La Justicia Con Toga, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición Pg34**, El profesor Ronald Dworkin nos enseña del pragmatismo su lado menos útil y analítico, sino práctico escribiendo que “la versión del pragmatismo más influyente dentro del derecho académico es todavía otra. Aunque superficialmente es menos filosófica y más práctica que la versiones discutidas en el capítulo I, su tesis central es en cualquier caso un planteamiento filosófico-político importante y controvertido, Sostiene que cualquiera que tenga poder político debe usarlo para intentar mejorar las cosas de cualquier manera que pueda dada su posición institucional y su grado de poder”

⁵¹ En **POKROVKI, (1966) Historia de la Ideas Políticas, -Las Teorías Jurídicas Reaccionarias Norteamericanas Los Pragmatistas, Sociologistas, Realistas.-**, México Editorial Grijalbo SA. 1ra Edición Pg 595.

de toda tecnología y de todo instrumento o herramienta tal como el Derecho⁵², esta conclusión ha sido aportada aunque con otros caminos por el propio “*ius positum*” pero el positivismo jurídico no le dedicó atención a los valores que subyacen en las normas jurídicas sino en su sola positividad⁵³, esto último es criticable si pensamos que la interpretación de la norma no solo es lingüística, semántica lógica o literal, la hermenéutica normativa también tiene que ver con su teleología, esencia y hurgar los valores que la justifican y que constituyen su legitimidad, vigencia y poder de coacción, es entonces la importancia de considerar su utilidad, atender al valor sobre el que se constituyó, de ahí que la seguridad de las reglas no solo nos la da la positividad, no solo por su regular dación formal, sino por los valores ínsitos concorde con la norma fundamental y por la racionalidad que la subyace⁵⁴.

Llevando la forma del pensar pragmático al derecho, es preciso recordar a Charles Sanders Peirce⁵⁵, para quien era muy importante que el estudioso tenga

⁵² En JIMÉNEZ, ROBERTO, (2008) *Una Meta Teoría Del Positivismo Jurídico*, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A Pg. 67 “*Tesis Social de Luspositivismo: el derecho como hecho humano y social está sometido a cambios cosa que al menos aparentemente es contradictoria con la pretensión de que el derecho tiene unas propiedades necesarias e inmutables.*”

⁵³ En KELSEN, Hans, (2009) *La Teoría Pura Del Derecho*, Buenos Aires Edudeba, Editorial Universitaria de, Cuarta Edición. Pg 49, el Profesor del positivismo jurídico, desprende un argumento netamente Agnóstico respecto de la Ontología del Derecho y su vector la Justicia, como neokantiano idealista subjetivo, manifiesta la imposibilidad fundar la justicia en la experiencia, por obviedad tal *noumeno* pertenece a los valores, la axiología y la moral, el imperativo categórico, dista de calificar como *hechos positivos*, dejando claro que la discusión

⁵⁴ En En JIMÉNEZ, ROBERTO, (2008) *Una Meta Teoría Del Positivismo Jurídico*, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A pg150 “El instrumentalismo pragmático se caracterizaría, así, por varios rasgos principales tales como la defensa de una teoría del valor utilitaria, cuantitativa, convencionalista y mayoritaria; un compromiso con los métodos de las ciencias naturales; un enfoque tecnológico del derecho que permitiría verlo como un instrumento al servicio de las metas sociales ya los juristas como ingenieros sociales

⁵⁵ Sobre este caso, W. STEGMULLER. *Hauptstromungen der Gegenwartsphilosophie*, tomo I, 6ta ed. 1978, pp.429 y ss., especialmente 431. Citado por ARTHUR KAUFMANN, *Filosofía Del Derecho*, 2ra Edición, München 1997, Editorial Cordillera SAC , Pg 82. Importantísimo

una concepción muy clara de los conceptos del objeto a cuyo estudio se aboca para que en el proceso de probar sus consecuencias prácticas nos proporcione

de la moral entendida ontológicamente no es materia de ninguna ciencia, así el profesor explica que *“De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como “haz el bien y evita el mal”, “a cada cual lo suyo”, “hay que mantenerse en el justo medio”.*

resultados valiosos ⁵⁶, por ejemplo ya que tenemos (*representamen*) las características relevantes del (*objeto*) Derecho desde nuestra perspectiva empírica, ahora ese significado de Derecho debe arribar útilmente a significados prácticos por las personas que vivimos en nuestra experiencia con tal objeto, como por ejemplo podemos citar ejemplos sin temor a equivocarnos (pero pasibles de falibilidad) lo siguiente, (*Interpretante*) que según nuestra carta política “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”, (esto es valioso y le subyace un valor)”; que según nuestro Tribunal Constitucional “desde el principio del Estado de Derecho sugiere el principio de interdicción de la arbitrariedad (...) en un sentido concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir a toda decisión” (esto es valioso y le subyace valores)”; también podemos citar como ejemplo nuestro

reproducir otra referencia al pragmatismo de Pierce cuando señala ***“Es evidente que Kant superó lo ontológico-sustancial. Pero Pierce ha dado el gran paso de las sustancias a las situaciones y relaciones, avanzando de la lógica aristotélica y kantiana, que solo conoció predicados de calidad, hacia una lógica de relaciones.”***

⁵⁶ En DYNNIK, Miguel, (1963) *Historia De La Filosofía – Desde finales del siglo XIX hasta la Revolución Socialista de Octubre de 1917, _Desarrollo de Pensamiento filosófico y Sociológico en los Estados Unidos de América en la época imperialista (finales del siglo XIX comienzos del siglo XX)_ Pragmatismo* México Editorial GRIJALBO S.A, 1ra Edición, Tomo VII, Pg 607.

Código Penal donde prescribe que “El que mata a otro será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte” (esto es valioso y le subyace valores); nuestro Código Civil prescribe que “Quien actúa con diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (esto es valioso y subyace en valores)”, pero ante un contexto garantista del derecho aplicado a una decisión jurídica podría citarse “*está prohibido bajo responsabilidad pronunciarse sobre el derecho aplicado, sobre el fondo de los hechos o sobre cualquier contenido de la decisión o calificar los criterios jurídicos, motivaciones o interpretaciones expuestas por el decisor*” éste enunciado fruto de la experiencia existente como hecho, no es valioso para el ámbito del control del derecho trasladado al ámbito de la protección de los intereses del estado, no procura utilidad social, en consecuencia así tenemos que nuestra idea de algo es nuestra idea de sus efectos prácticos, y advertida sus consecuencias reacciona el estudioso para producir hábitos de acción tendientes a procurar corregir una norma jurídica que atenta contra su utilidad social al que le debe su razón de estar.

Otro elemento importante para el desarrollo de la presente tesis es que la norma jurídica sometida al rigor pragmático tiende alcanzar el valor utilidad social, entendida ésta como lo que es necesario para el hombre para sus relaciones constructivas no destructivas y cuyos beneficios deben procurar superar los perjuicios que constituirían el factor costo de oportunidad⁶⁸, como en la presente tesis sería el orden jurídico material peruano aplicado a los conflictos de los intereses del estado que actúa en la jurisdicción arbitral- se confirma y se valida.

3.2 CONTRIBUCIÓN DEL IUSNATURALISMO Y EL “IUS POSITUM” AL DERECHO APLICADO.

3.2.1 EL DERECHO EN LA FILOSOFÍA IUSNATURALISTA.

El iusnaturalismo ha defendido la existencia de valores subyacentes a las normas jurídicas, y que éstas son constitutivos de principios, algo que el iuspositivismo decimonónico ha pretendido negar. La presente tesis acepta la postura iusnaturalista secular racionalista, para someter a juicio racional la justicia, racionalidad y principios que subyacen sobre la norma prohibitiva del control de la motivación jurídica del laudo arbitral de derecho que decide sobre los intereses del estado.

⁶⁸ En **VALLEJOS, Guido**, Master en Filosofía por la Michigan State University, Doctor (c) en Filosofía (University of Essex), **Peirce, Semiotica y Realismo**, Revista Virtual Publicada por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile. <http://www2.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/05/peirce.htm>, el profesor reproduce la Máxima de Charles Sander Peirce como: "*Considera los efectos que tú concibes en el objeto de tu concepción que pudieran tener importancia práctica. Entonces tu concepción de esos efectos es la TOTALIDAD de tu concepción del objeto (5.422)*"

La justicia recta⁵⁷ en el derecho es a la ontología, al racionalismo y al Jusnaturalismo, lo que la norma jurídica es a la gnoseología, al empirismo y al *positum jurídico*⁵⁸ su objeto, pues éste busca utilizar la debida aplicación y confirmación de la norma instrumental en los hechos y en la vida social efectiva tal

⁵⁷ En **GARCÍA, Eduardo, (1994) Filosofía del Derecho, México Editorial PURRUA SA, 7ma Edición**, Pg 459: *el profesor al discernir sobre los fundamentos de la igualdad y desigualdad escribe "El derecho ideal constituye el objeto a que se orienta la intención del varón justo. El hombre justo, es decir el que practica la justicia, es el que procede rectamente o tiende hacia la rectitud, el que ve siempre a sus semejantes como iguales, La justicia aparece entonces como actividad virtuosa, o valor ético stricto sensu".*

⁵⁸ En **NARANJO, Abel, (1992) Filosofía del Derecho, Colombia Editorial Temis**, p. 265, *el profesor colombiano al referirse al iusnaturalismo y la justicia dicta que "De suerte que cuando se habla de derecho nos referimos a una norma que se impone, como tal, para el hombre, y decimos natural para distinguirlo del derecho positivo, aludiendo a que es la misma naturaleza que lo impone, sin necesidad de que esté sancionado positivamente, bien sea por el legislador, por la costumbre o por la fuerza. Lo que corresponde en derecho natural es justo, y lo que corresponde en derecho positivo es jurídico: lo que no quiere decir que lo jurídico no pueda ser justo, sino por el contrario, que debe serlo".*

cual y aquel busca en cambio esencias últimas como por ejemplo la esencia misma de lo justo como valor supremo del derecho, de los resultados de ambos esfuerzos se obtienen resultado valiosos para el Derecho.

El Iusnaturalismo instaura un problema como la propia definición de lo que entiende por naturaleza, las ciencias naturales definen por naturaleza al conjunto de elementos del universo físico, fenómenos y leyes que gobiernan a los elementos químicos y orgánicos y en cuya creación no haya intervenido la mano ni inteligencia del hombre, ésta última condición vale como característica fundamental para distinguir lo natural de lo cultural, así tenemos que al discernir respecto de lo natural, hurgamos en aquellas leyes y fenómenos preexistentes a la inteligencia y existencia humanas, por ello es que el *iusnaturalis* al explicar la razón humana preexistente a su experiencia, concebida por de la evolución azarosa o dirigida, no la entiende vacía de ideas intuiciones e instintos con los que convive en su dialéctico actualizarse, de ahí que el *explicans iusnaturalis* se avocó primariamente en los siglos XVII y XVIII, a la esfera del racionalismo innatista, tal como lo desarrollaron René Descartes, Baruch Spinoza, Gottfried Leibniz entre otros. El sujeto cognoscente se tiene a sí mismo como objeto en el estudio de su propia naturaleza y es en ella donde pretende encontrar las leyes del deber ser el gobierno de sus conductas, en el orden universal que intuye primero y experimenta después, tan es así que Sócrates justificó en el análisis racional, la demostración que los hombres poseemos intuiciones innatas de las virtudes y vio en la justicia la expresión de los deberes morales, el profesor Villoro Toranzo reproduce de la *Ética Nicomaquea* donde para Aristóteles la “naturaleza es aquello que por razón de un principio inmanente tiende en constante movimiento a un fin” y continúa “En las plantas y en los animales, el fin se nos muestra de manera evidente, la conservación, perfeccionamiento y perpetuación de la especie”. En consecuencia el iusnaturalismo buscará para la normatividad positiva el vector justicia como virtud moral que debe consensuar a los homo-societatis para evitar el conflicto entre ellos, dado que su naturaleza conflictiva mina su pervivencia en sociedad, nuestra naturaleza procede en ser un animal racional, nuestra capacidad racional es innata qué duda cabe, esa racionalidad es el fundamento del Derecho.

Cuando se cuestiona el mundo del cómo debe ser el derecho del hombre, el iusnaturalismo se pregunta ¿Cuál es la realidad última y definitiva del Derecho? Y para su respuesta por supuesto no podría recurrir a la Ciencia sino a la filosofía Ontológica o al racionalismo gnoseológico, Eduardo García Maynez sobre la justicia pero citando a *Heinrich Henkel*, señala “*lo justo como el valor supremo del derecho*” entonces nace una legítima pregunta ¿Qué es la justicia para el iusnaturalista? entonces prosigue “¿Cuál es la realidad última de los valores? Ciertamente no son seres materiales. También es evidente que se conocen por medio de los procesos del entendimiento y de la razón, no por los sentidos”⁵⁹ pero los valores no tienen existencia independiente de los seres, por ello son un modo especial y concreto del acto humano, de relacionarse con otro u otros como un modo objetivo de existir, de tal manera que el uno contribuya a la mejoría o perfección de los demás, es decir, son medios objetivos de relacionarse constructivamente, a contrario sensu, si es una forma de relación que destruye, nos encontramos con un anti-valor, Nicolai Hartmann citado por Eduardo García Maynez, había caracterizado a los valores morales⁷² como apriorísticos, independientes de nuestras estimaciones y como constitutivos de principios, entonces, distinguir a la naturaleza así desarrollada como fundamento del Derecho es responder a las cuestiones fundamentales y últimas de él como realidad pensada, no escapa aún entonces del análisis ontológico para formar los discursos, tal es así que muchos juristas desembocan que es en el ser humano y su razón donde se debe buscar el origen y raíz del derecho natural, en este sentido el profesor García Maynez, cita a los filósofos del siglo XVII e identifica por ejemplo el “*appetitus societas*”, (*Hugo Grocio*); “*la tendencia a la conservación del propio ser*” (*Baruch Spinoza*); también se avoca a escribir sobre la raíz del derecho natural Christian von Wolf, quien citado por Luis Miraglia escribe “*Wolf pretende recabar el derecho natural de las ciencias humanas, por medio de una deducción*”

⁵⁹ En VILLORO, Miguel (1973) *Lecciones De Filosofía Del Derecho - El Proceso De La Razón Y El Derecho*, México Editorial Porrúa SA 1ra Edición Pg 291:

*rigurosa. La ley de naturaleza nos impone hacer todo cuanto se aproxima a la perfección, al bien*⁷³. El sociólogo Herbert Spencer -recordado por Villoro Toranzo- había puesto el acento en la evolución biológica: “basta el mundo material y el sucesivo cambio en las experiencias genéticas heredadas por la

⁷² En GARCÍA, Eduardo (1994) *Filosofía del Derecho*, México Editorial PURRUA SA, 7ma Edición, Pg 425: el maestro citando la Ética de Nicolai Hartmann dice de lo que caracteriza a los valores morales en función de las notas siguientes:

- “a) Son esencias, su conocimiento es apriorístico y aparecen ante el sujeto de la valoración como absolutos;
- b) Existen en sí y por sí, esto es, independientemente de las estimaciones humanas. Su naturaleza es objetiva y pertenece al orden del ser ideal.
- c) Ostentan, además el carácter de principios. Como tales, no dependen de que se les realice o no, aun cuando no sean indiferentes respecto de su realidad o irrealidad”

⁷³ En MIRAGLA, Luis (1943) *Filosofía Del Derecho* - México Editorial Impulso SA, 1ra Edición Argentina, Pg 30

especie humana para explicar las nuevas formas de cultura; las verdades y valores apriorísticas del hombre no serían más que la reacción explícita de las cualidades biológicamente heredadas por la especie humana.”⁶⁰

Nos hallamos estudiando un fenómeno inmanente al hombre y al Derecho, el que debe o se realiza en la etapa *ex ante* del derecho escrito, es decir antes de ser sancionado, es con el examen de los valores aprobados por una sociedad que se dan las reglas positivas, los discursos se defienden antes de ser positivados, es la valoración a través del examen, del filtro de justicia recta al que debe ser sometido un proyecto normativo, la justicia axiológica, ética, económica, cultural, política o social etc, el proceso legislativo no puede ser viable sin que le anteceda una discusión y defensa valorativa, no puede realizarse desprovista de una anticipación a las posibilidades provista de juicios de valor,

⁶⁰ En VILLORO, Miguel (1973) *Lecciones De Filosofía Del Derecho - El Proceso De La Razón Y El Derecho*, México Editorial Purrua SA, 1ra Edición, Pg 368.

sobre las cuales ha de tener vigencia, pero no olvidemos que la justicia “*iusnaturale*” sí participa en la formación del derecho positivo⁶¹ es el recurso necesario del consenso contractual social para la perduración de su vigencia y su uso justo se da en la etapa que Kelsen denomina Derecho Dinámico, es así que se arriba a compartir la conclusión que sostiene que no existen normas que no le subyaga un valor o valores, y es por esos valores que confirmamos la vigencia del derecho en el convivir.

La importancia de no dejar de lado el iusnaturalismo secular, racionalista de raigambre Kantiano es para justificar la relación contingente que existe entre derecho- moral o derecho–valores sociales así como también discutir la postividad de una norma desde los valores principialistas que es de uso frecuente en aquel estudio que se somete a discusión una norma jurídica que por su inconsistencia con los principios, aunque haya sido formalmente expedida es discorda con la política garantista que debe proveer el estado, más aun, en situaciones procesales donde el propio poder del estado es parte, además porque ayuda a construir la coherencia del discurso relacional desde las variantes del neocostitucionalismo como son el no-positivismo o postpositivismo incluyente.

3.2.2 EL APORTE DEL IUSNATURALISMO AL IUS POSITUM INSTRUMENTAL.

⁶¹ En NARANJO, Abel (1992) *Filosofía del Derecho*, Colombia Editorial Temis, p. 265, el profesor explica sobre la justicia y el derecho que “Al decir que lo bueno y lo justo son conceptos de valor, y que la justicia positiva es un concepto de la cultura, afirmamos el valor que se realiza. El derecho positivo es la inmersión del valor de la justicia en la estructura de la sociedad, y de esa inmersión como cultura que es, puede decirse que va siguiendo el curso de esa sociedad... El derecho natural, en cuanto no es positivo, es todavía el valor de la justicia que no se ha manifestado. Debemos, pues, superar esa confusión que se ha venido estableciendo para llamar derecho solamente al positivo. Nosotros preferimos llamar derecho a lo que se refiere por igual al natural y al positivo, es decir, a toda relación que plantea el problema de justicia.”

¿Cuál es la utilidad práctica del Iusnaturalismo al Derecho Positivo?, ha llegado el momento de adscribirse a una teoría que funcione y es en efecto compartir partiendo de una premisa de Gustav Radbruch cual es “No es posible concebir ninguna justificación para la validez del Derecho notoriamente injusto⁶²” o como escribiera Karl Larenz cuando por derecho correcto se refiere que es aquel que subyace y obedece a los dictados de los principios jurídicos⁶³ pues es sabido que no existe principio que no sea conforme al bien y a la justicia, esto es, a la *sindéresis*, y si por iusnaturalidad⁶⁴ del derecho se explica su vector hacia la equidad y la justicia entonces esto le es intrínseco al Derecho y se puede decir sin temor que la estructura ontológica del derecho es la conjunción de la *esencia y la existencia jurídicas*, es decir la *iusnaturalidad y la positividad*, solventado esto último por el profesor Arthur Kaufman.

Me adscribo con los que concluyen con el profesor García Máynez “Nosotros creemos que lo que define a todas las posiciones arriba expuestas es el aserto que el Derecho vale y consecuentemente obliga, no solamente porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes

⁶² En KAUFMANN, Arthur (1997) *Filosofía Del Derecho*, München Editorial Cordillera SAC, 2ra Edición, Pg 95. El profesor reconoce a G. Radbruch que “nunca sacrificó la seguridad Jurídica, como una parte esencial del Derecho aun vago pensamiento iusnaturalista” y prosigue “El concepto positivista del derecho sólo indica que el derecho es un conjunto de normas de cualquier contenido promulgadas de manera formalmente correcta. Radbruch, por el contrario subraya que tiene únicamente calidad de derecho las normas que remiten a la justicia, que son orientadas por ella”.

⁶³ En KAUFMANN, Arthur (1997) *Filosofía Del Derecho*, München Editorial Cordillera SAC, 2ra Edición, Pg 109. Vale reproducir que “uno entre los muchos problemas que aquí asoman es el de si los principios generales del derecho no resultan demasiado abstractos y pobres de contenido como para que solo de ellos pudiera llegarse a concretas decisiones jurídicas correctas.”

⁶⁴ En GARCÍA, Eduardo (1994) *Filosofía del Derecho*, México Editorial PURRUA SA., 7ma Edición, Pg 505.

formales, sino por la bondad y justicia intrínsecas de su contenido”, para Radbruch, una norma que contraría insoportablemente la idea de justicia, es algo legalmente “antijurídico” y una norma que no aspira a la justicia “no es Derecho”, enfatiza el profesor Arthur Kaufmann que el Derecho no tiene que ver con el complejo axiológico de los valores morales, sino únicamente con la Justicia.

Así tenemos que cuando una norma jurídica en un Estado de Derecho⁶⁵ como el peruano, se exhibe con grosera aspiración a la arbitrariedad, como por ejemplo “a la *discrecionalidad incontrolable del sujeto decisor quien ostenta el poder jurídico de resolver conflictos de los intereses del estado*”, es ahí donde *el iunaturalismo es útil porque* la denuncia, le exige los fundamentos y principios sobre los que subyace la norma arbitraria, hurga en cual valor se funda la norma y el derecho positivo como sistema, activa sus propios mecanismos orgánicos⁶⁶ para superar -si no corregir- los productos defectuosos del arbitrio legislativo⁶⁷, (como el control constitucional que se verá en capítulo aparte) de otro modo nos

⁶⁵ En RUBIO, Marcial (2011) *La Teoría Del Estado De Derecho y del Estado Constitucional. El Estado Peruano Según La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Edición. “La teoría del Estado de Derecho, subyace en el soporte jurisprudencial desarrollado por el propio Tribunal Constitucional así como en el trabajo de la doctrina, donde por ejemplo, el Profesor Marcial Rubio Correa, expresa con categoría que ambos conceptos son universalmente aceptados en nuestra cultura jurídica, menciona que Estado de Derecho no es un principio sino más bien una manera de comportarse de la autoridad. La expresión –continúa el profesor- quiere decir que el poder público respeta la legalidad existente. Por tanto es una calificación que se funda en que el **derecho imperativo debe ser cumplido**”.

⁶⁶ En KAUFMANN, Arthur (1997) *Filosofía Del Derecho, München Editorial Cordillera SAC 2ra Edición*, Pg 109. Importantísimo reproducir el acierto cuando señala *“En el Estado de Derecho hay suficientes instrumentos jurídicos para enfrentar la existencia o la amenaza del derecho incorrecto. No es en último lugar una cuestión de coraje civil.”*

⁶⁷ En GARCÍA, Eduardo (1994) *Filosofía del Derecho, México, Editorial PURRUA SA. 7ma Edición* Pg 508. El profesor expone “Los órganos estatales no pueden aceptar la existencia de dos pautas, porque para ellos el único derecho aplicable y válido es el positivo; pero tampoco puede impedir que la consciencia jurídica de los destinatarios del sistema vigente se plantee el problema de la validez objetiva de los preceptos en vigor”

hallaríamos ante una antinatural involución del derecho y no en la dialéctica autocorrectiva evolución constante del Derecho cuyo vector es la justicia; he aquí la pragmática del iusnaturalismo al presente trabajo⁶⁸ y que no contradice sin embargo las tesis positivistas pues entiende que la discusión de someter una norma al escrutinio social que somete a nuevo juicio de valores o principios su vigencia es también una práctica del derecho sociotecnológico mismo y que se realiza *ex ante* de la dación de una nueva norma jurídica que reemplace a la vigente, y ello no discute el positivismo normativo sino que promueve el necesario dinamismo del propio derecho que es obsolecente y cambiante que esta actitud crítica del derecho desde el propio derecho, así como puede ser desde otras ópticas, también se encuentran dentro del fenómeno kelseniano desde donde el maestro iusfilósofo ha desarrollado el concepto de derecho dinámico, por lo que no es audaz decir que el problema de la discusión del positivismo - iusnaturalismo, es un problema mal planteado, siguiendo en este asunto al profesor Carlos Santiago Nino, y que no se profundizará pues resulta suficiente para los objetivos conceptuales a los que se dedica el presente apartado prolutivo.

El derecho como conjunto de normas materiales e instrumentales del “ius ponere” ó “ius positum”⁶⁹ regula la conducta de los hombres con sus semejantes,

⁶⁸ En KAUFMANN, Arthur (1997) *Filosofía Del Derecho, München Editorial Cordillera SAC 2ra Edición*, Pg 391. El profesor de vela “tan pronto como la voluntad legislativa haya exteriorizado el *ita ius esto*, lo injusto por ontonomasía tendría que ser aceptado como derecho vinculante. Desde que el positivismo perdió su inocencia, el imperium y el consenso no pueden ser citados en forma exclusiva en tanto fundamentos de validez del derecho.”

⁶⁹ En JIMÉNEZ, Roberto (2008) *Una Meta Teoría Del Positivismo Jurídico*, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A. 2008, Pg 32. El Profesor Jiménez Cano Aclara que: En definitiva, lo que se pretende sostener es que no parece necesario contar previamente con una caracterización concreta del concepto de derecho para poder hablar no ya de una ciencia, ni siquiera de un método, sino para hacer referencia a un modo un punto de vista desde el cual acercarse a una realidad (...) en efecto el positivismo jurídico continental del siglo XIX ya contaba con una serie de datos y doctrinas que se afirmaban como derecho, incluso aquellas doctrinas códigos que iban prescindiendo del derecho natural y ***se centran en el derecho puesto por los hombres. (la negrita es nuestra).***

constituye un innegable fenómeno cultural, un logro efectivo y una materia de estudio objeto de conocimiento empírico material de la sociología jurídica, también constituye un plexo instrumental de normas valorativas impuestas por el ordinante, en este sentido el iuspositivismo kelseniano al negar cualquier relación esencial del derecho con los valores ínsitos en la norma misma, aleja al propio derecho de su naturaleza y finalidad, sin embargo Kelsen supuso también que no podía pretender responder a cuestiones ontológicas relacionadas a su esencia o fundamento último del Ser del derecho, sino solo prestar la atención a su existir empírico (Estar), en ese esfuerzo epistemológico, el ius positum divorció al derecho del iusnaturalismo racionalista moral aunque los valores le hayan sido inherentes a su fundamento⁷⁰ o así la justicia intrínseca a sus contenidos le fuese inseparable⁷¹, pese a estos esfuerzos teóricos de la disciplina del Derecho puesto, el propio Hans Kelsen desde su obra cumbre reconoció, que siendo la justicia (manifestación de valores), axiológicamente interna a la norma legal que guía la teleología, no deba suponer una renuncia al postulado que el derecho deba ser moral; esto demuestra que el positivismo Jurídico en el ámbito moral, actúa como el agnosticismo Kantiano en el ámbito ontológico, que no niega la existencia de un Ente supremo sino la imposibilidad de su conocimiento empírico, lo mismo sugiere Kelsen con la afirmación que no es menester del Positivismo renunciar a la

⁷⁰ En **NARANJO, Abel (1992) *Filosofía del Derecho*, Colombia Editorial Temis**, p. 265, *el profesor colombiano al referirse al iusnaturalismo y la justicia dicta que "De suerte que cuando se habla de derecho nos referimos a una norma que se impone, como tal, para el hombre, y decimos natural para distinguirlo del derecho positivo, aludiendo a que es la misma naturaleza que lo impone, sin necesidad de que esté sancionado positivamente, bien sea por el legislador, por la costumbre o por la fuerza. Lo que corresponde en derecho natural es justo, y lo que corresponde en derecho positivo es jurídico: lo que no quiere decir que lo jurídico no pueda ser justo, sino por el contrario, que debe serlo"*.

⁷¹ En **GARCÍA, Eduardo (1994) *Filosofía Del Derecho México Ediciones Porrúa S.A. Séptima Edición*** Pg 42. Cuando un principio axiológico sirve de base a una regla normativa, decimos que la regla tiene validez, o que la exigencia que implica está justificada. No se trata de indagar si lo que expresa es o no verdadero sino de saber, relativamente a esta exigencia, si es o no posible descubrir alguna razón que la funde.

afirmación que reconoce a la Justicia como fin o deber ser moral del derecho⁷², tan cierto es esto último que no resulta audaz expresar que las discusiones de la moral o la justicia del derecho, no es negada ni afirmada desde la óptica de la dogmática jurídica o del “positivismo jurídico” como producto del estudio descriptivo, lingüístico, semántico, lógico ni hermenéutico aplicado a la norma jurídica; sin embargo la revisión de los valores que subyacen a una norma jurídica no es ni puede ser objeto del conocimiento empírico del neopositivismo filosófico, pero sí pragmático y lógico útil para hurgar la axiología que dirige su teleología, su finalidad, su espíritu⁷³.

3.2.3 EL AGNOSTICISMO DE KELSEN SOBRE LA MORALIDAD DEL DERECHO Y LA FORMULA DE RABDRUCH

Así nos hacemos adeptos a la postura agnóstica kelseniana respecto de la discusión ontológica del derecho, hacemos nuestra la postura del iusfilósofo del positivismo jurídico cuando concluyen que no es actividad de la dogmática jurídica renunciar al postulado de índole moral del derecho⁸⁸, aunado a esto último lo escrito por el profesor Kelsen quien tampoco renunció al postulado que el derecho deba ser moral, pues así dejó claro en su obra cumbre, luego de exponer su teoría

⁷² En **KELSEN, Hans (2009) La Teoría Pura del Derecho, Buenos Aires 4ta Edición, Eudeba, Pg 49**, El Profesor Iusfilósofo luego de exponer su postura procientífica, sin embargo deja claro que: ***“Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el Derecho debe ser moral”***

⁷³ En **BUNGE, Mario (1999) Las Ciencias Sociales En Discusión: Una Perspectiva Filosófica, Buenos Aires Editorial Suadamericana S.A. Primera Edición Pg 392** *“Los abogados y los jueces enfrentan problemas morales todo el tiempo, porque cada código legal se refiere a bienes y males, beneficios y cargas, equidades e inequidades, justicia e injusticia, todo lo cual puede evaluarse en términos morales, así como legales y prudenciales. Por otra parte, cualquier cuerpo de leyes contiene o presupone ciertos principios generales que son a la vez morales y*

positivista que: *“Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el Derecho debe ser moral”* de lo que podemos colegir que no siendo discusión del positivismo kelseniano, sin embargo esta premisa es idéntica a la del profesor Rabdruch pues desde otra tienda también coincidió en señalar que el derecho para serlo debe de ser moral o justo.

Desde el otro ángulo tecnológico social, el derecho como disciplina, se ocupa de lo que funciona y es eficaz para los fines de la política, todo esto para arribar armónicamente a las conclusiones del profesor Bunge, quien sostiene que

legales, como “sólo puede someterse a juicio a los agentes morales”, “no hay delito sin ley, ni castigo sin delito” y “la responsabilidad de demostrar la culpa del acusado recae sobre la fiscalía”. En resumen, la moralidad y el derecho se superponen en parte. (Los positivistas legales, como Kelsen y Hart, están en desacuerdo: conciben el derecho como un instrumento político moralmente neutral que establece obligaciones legales en vez de defender derechos o afianzar deberes morales.” marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2008, Pg 32.

⁸⁸ en **SUCAR, German (2008) Concepciones Del Derecho Y De La Verdad Jurídica, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A** pg 259, el profesor Germán nos recuerda las críticas esenciales de Dworkin al positivismo y escribe “pero en los casos difíciles, el juez debe recurrir a los principios de moralidad política implícitas en las reglas; esa moralidad consiste en el esquema de principios y directivas que mejor explica y justifica al conjunto de reglas, de modo que el derecho es un conjunto de principios que vuelve innecesario el ejercicio de la discreción, por parte de los jueces.”

el derecho y la moral o justicia son inseparables⁷⁴, es posible entonces reconocer su coherencia cuando ofrece al Derecho cómo una técnica de la sociedad, cual herramienta para incentivar conductas en los hombres en el sentido del llamado del *fin social* insito en la norma jurídica que justifica en su sola existencia los valores, de modo que también pueda citar nuevamente la autoridad de Gustav

⁷⁴ En **VILAJOSANA. Josep (2008) Identificación Y Justificación del Derecho, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales s.a.**, pg 62. El profesor Villajosana escribe en este mismo sentido *“Nadie pone en duda que las normas morales influyen en el contenido de un determinado sistema jurídico. Los valores morales que imperan en ” determinada sociedad tienden a ser impuestos a través del mecanismo coactivo institucional que es el derecho”*

Rabdruch para quien la norma jurídica que no aspira a la justicia o no subyaga sobre valores, o no se funde en algún principio jurídico, no es derecho.

Lo esencial de este apartado a la tesis y su vinculación estriba estrictamente en reconocer los valores que guían las normas jurídicas; ahora bien, sometido al escrutinio principialista, una prohibición del control del derecho aplicado a las decisiones arbitrales que laudan sobre los intereses del estado insito en el destino de los fondos públicos que importan al bien común, no se sostiene en principios constitucionales que le den legitimidad además de su sola vigencia positiva, el positivismo sucumbe al análisis neoconstitucionalista pospositivista y no lo rebasa, tal como deduce el Profesor Atienza, “el positivismo es incapaz de satisfacer las exigencias del actual estado constitucional!” esto se agrava en materia arbitral, cuando la prohibición del control de la aplicación del derecho a las decisiones que causan cosa juzgada, no se sostiene siquiera en la manifestación libre de elección del fuero que se encuentra eximido de este control, esto es decir, cuando el fuero arbitral se dio ante el llamado arbitraje obligatorio o legal, que deviene de la imposición del Estado mismo.

3.2.4 EL DERECHO, ESENCIA Y EXISTENCIA, REALIZACIÓN Y UTILIDAD PRÁCTICA AL ARBITRAJE DE DERECHO.

Ya que hemos conceptualizado el Derecho como un sistema de normas⁷⁵ legítimas, vigentes, coercitivas y útiles para regular la conducta del hombre *como*

⁷⁵ KAUFMANN, Arthur (1997) *Filosofía Del Derecho, München Editorial Cordillera SAC 2ra Edición*, Pg 96. El profesor resume que “El concepto positivista de derecho solo indica que el

*realidad que tiene sentido de servir a la justicia*⁷⁶. Entonces nos asalta una pregunta importante ¿Cómo se aplica este Derecho?, ¿Cuándo interviene el Derecho para confirmarse en la realidad y exigir su efectivo cumplimiento?

En una convivencia de *cooperación espontánea*⁷⁷, el Derecho - *que es relacional entre las personas y éstos respecto de las cosas*⁷⁸ - existe conformado por reglas o prescripciones normativas materiales, coexistiendo con las sociedad es decir como una simbiosis entre la norma y los hechos de la convivencia, pero

derecho es un conjunto de normas de cualquier contenido, promulgadas de manera formalmente correcta”.

⁷⁶ **Sobre este caso, G. RADBRUCH, , (1983) Rechtsphilosophie**8va Edición,(nota 5) pp 119. Citado por **ARTHUR KAUFMANN, Filosofía Del Derecho, 2ra Edición, München 1997, Editorial Cordillera SAC, Pg 86.**

⁷⁷ **En ROCCO, Ugo (1983) Tratado de Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires Temis: Bogotá, Depalma: Tomo I. Pg 53. El profesor subraya desde el derecho procesal civil que la función del Estado, actúa a solicitud de los ciudadanos cuando la tutela jurídica prevista de manera general y abstracta por el Derecho Objetivo no ha sido actuada *espontáneamente por los sujetos.*

⁷⁸ **KAUFMANN, Arthur (1997) Filosofía Del Derecho, München Editorial Cordillera SAC 2ra Edición** Pg 96. El profesor resume que “ la aplicación del derecho no es meramente un acto pasivo de subsunción sino un acto conformador en el que entra el aplicador del derecho, significa que el derecho no es nada substancial, no está como se dice en el poema de Stifter, “en las cosas”; antes bien, todo derecho es algo relacional, se encuentra en las relaciones de los hombres entre si y con las cosas.”

cuando nos hallamos ante una *crisis de cooperación*⁷⁹, cuando nace el conflicto, se desprende el derecho de los actos jurídicos (*estricto sensu*) y requiere de un proceso de probanza de hechos para integrarlos a la consecuencia jurídica prevista y confirmar la norma material⁸⁰, así el derecho objetivo se confirma en la realidad todavía mediante un proceso ante la existencia de un conflicto.

Si esta teoría funciona así, es justificable postular que el derecho no puede ser negado por el propio derecho, esto es decir con mayor precisión, que una norma procesal no puede negar el derecho objetivo para su aplicación ni menos prohibir el control del derecho material aplicable al caso, pues sino nos encontramos en un contrasentido ¿Cuál sería la utilidad práctica del derecho puesto para su realización al resolver los conflictos? Una norma procesal que prohíba el control del derecho aplicable a los conflictos donde se discuten intereses del estado, y derechos fundamentales no renunciados del ciudadano, devendría al derecho material en inútil.

⁷⁹ Sobre el tema en PRIORI, Giovanni () *Reflexiones en torno al Doble Grado De Jurisdicción. Revista de la Facultad De Derecho De La Universidad De Lima, ADVOCATUS n° 9*. Pág. 405, profesor explica que el proceso existe para ser vehículo para la solución pacífica y justa de los conflictos de intereses que se dan en la sociedad, por una crisis de cooperación entre los sujetos y las normas de conducta impuestas por el ordenamiento jurídico, lo que trae a consecuencia la vulneración a los intereses por él reconocidas y, en consecuencia, una situación de injusticia.”

⁸⁰ En MONROY, Juan (2009) *Juan Teoría General del proceso*, Lima, Librería Comunitas EIRL,

⁸¹ ra Edición Pgs. 155, el Profesor Monroy escribe una premisa muy interesante y aporta que el “proceso es cada vez más, el producto jurídico de lo que las sociedades necesitan para solventar la vigencia de su derecho material y asegurar, por esa vía la eficacia del estado de derecho”.

3.3 LOS DISTINGOS DE LAS NORMAS JURÍDICAS DEL DERECHO PUESTO.

Dentro del universo de las normas jurídicas, es necesario distinguirlas para poderles atribuir el tratamiento y función que les corresponde de acuerdo a sus características y naturaleza en el desarrollo descriptivo y relacional entre las normas procesales arbitrales, las normas materiales del derecho, y las normas constitucionales intervinientes en los conflictos de las contrataciones del estado. Por ello ha llegado la oportunidad de detenernos en el contenido de la positividad de los preceptos normativos, desarrollar su estructura, su orden y jerarquía, pues es de vital importancia distinguir del universo de normas jurídicas, las normas por su autoridad, jerarquía y también por qué no, por su vaguedad, su imprecisión e inutilidad absoluta así como por su arbitrariedad, porque de ellas también está contenido un Derecho.

Sin una discriminación jerárquica de las normas y una clasificación que las distinga ¿Cómo podríamos reconocerle la autoridad a una norma respecto de otra? ¿Cómo cuestionarle a una norma el incumplimiento de su función? ¿Cómo sería posible siquiera exigirle a la norma jurídica reconocerla e identificarla como tal?

3.3.1. LAS REGLAS DE HERBERT HART EN LA PRÁCTICA JUDICIAL.

Las normas jurídicas han sido tratadas desde el positivismo jurídico, doctrina que es imprescindible tocar y hacerse de sus conclusiones a propósito de entender el estar de las normas jurídicas en el sistema normativo.

Desde el complejo proceso clasificatorio de las normas jurídicas partimos citando la distribución sistemática que elabora Herbert Hart, cuyo esquema distingue principalmente la regla de reconocimiento, también tenemos a las reglas primarias como aquellas que regulan imponen una conducta para la convivencia

social y la realización de los valores instaurados por la política⁸², por otro lado tenemos a las reglas secundarias dentro de las cuales hallaremos a la regla de reconocimiento como aquella regla extralegal pero no extrajurídica pues constituye el criterio de validez y aceptación de una norma y su pertenencia a un sistema jurídico, verificada por los hechos pero insita en los criterios aceptados por los jueces quienes dicen y confirman el derecho, así Hart consolida la regla de reconocimiento como la regla que reconoce (valga redundar) y valida a las demás y no es concebida como una norma legal o un concepto, sino como un hecho verificado, no obstante ese hecho implica valoración y discernimiento consensual por parte de los jueces que no son sino personas autorizadas exponiendo un criterio de razón para aceptar mediante un juicio de reconocimiento a las reglas primarias vigentes a un sistema; este complejo trabajo para entender la regla de reconocimiento no se advierte en nuestra práctica jurídica, pues en el día a día nuestros operadores del derecho muy poco echan mano a la regla de reconocimiento hartiana por lo que luego de citarla no abundaremos a su desarrollo por ser ajena a nuestro sistema práctico, cabe señalar en este sentido sin embargo que la prohibición que pesa sobre los jueces sobre el control de la debida motivación jurídica de los Laudos y analizando el hecho donde las salas están ingresando al fondo de lo decidido en los laudos y declarando su nulidad, significa que la regla de reconocimiento aplicado a dicha norma jurídica no la reconoce ni la valida en algunos casos tornando al derecho en incierto, pues ¿para qué una prohibición arbitraria si tampoco en algunos casos se cumple?.

También tenemos a las reglas de cambio que nos indican cómo pueden derogarse total o parcialmente las normas del ordenamiento para obsolescer el derecho en un espacio que Kelsen ha llamado Derecho Dinámico, y para ser útil este concepto al presente trabajo, no es impertinente citar las normas que si bien es cierto no derogan legislativamente otra norma, pero sí las neutralizan e

⁸² pareciera que el presente trabajo hubiese escrito sólo respecto de las normas primarias, sin embargo no lo es tal, lo que sucede es que el esquema del desarrollo del derecho contemplado en este trabajo, no se ha guiado exclusivamente por la estructura y concepto Hartiano.

inaplican formalmente a los casos concretos mediante el control difuso cuando entran en contradicción flagrante con las normas constitucionales o colisionan con derechos fundamentales. Hart clasificó también reglas de adjudicación como por ejemplo las que profieren potestad jurisdiccional.

3.3.2 LA NORMA MATERIAL Y LA NORMA PROCESAL.

El derecho material coexiste relacionalmente en la convivencia pacífica de las personas, pero requiere intervenir cuando a la existencia de un conflicto de intereses o una incertidumbre ambas relevantes jurídicamente, requieren de un proceso que realice las normas materiales, subsumir los hechos en la fatiespecie para atribuirle la consecuencia jurídica prevista en la norma y confirmar su vigencia⁸³, y para que ello se posibilite es imperioso el derecho procesal, esto es decir de un sistema de normas técnicas, legítimas, vigentes, coercitivas y útiles para actuar lo previsto en la norma material⁸⁴.

Se le atribuye el carácter de derecho material al plexo de normas jurídicas que regulan coerciblemente la conducta humana conforme a los fines de los valores que la política de estado quiere realizar en sus distintas esferas o campos de acción, sea sobre la conducta de los particulares o del propio estado mismo, éstas pueden establecer obligaciones como reconocer derechos, y regulan

⁸³ En MARIO ALZAMORA VALDEZ, *Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso*, Tipografía Peruana SA, Cuarta Edición lima 1967, Pg. 8. El profesor Alzamora citando a Chiovenda, reconoce que “Los partidarios de la tesis del derecho objetivo entre ellos Chiovenda, consideran que el proceso tiene como fin la actuación del derecho objetivo”

⁸⁴ En MONROY, Juan (2009) *Juan Teoría General del proceso*, Lima, Librería Comunitas EIRL, 3ra Edición, Pgs. 287, el Profesor, recordando también a Chiovenda, recuerda que el “La norma procesal, (a la que llama ley procesal) es, (...) la ley reguladora de los modos y condiciones de la actuación de la Ley en el proceso”.

relaciones y situaciones jurídicas de fondo, por ejemplo; la Constitución Política, el Código Civil, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Mención aparte merece la norma procesal, según Carnelutti, *las normas materiales componen inmediatamente un conflicto de intereses, sea imponiendo una obligación sea atribuyendo un derecho. En cambio las normas instrumentales componen mediatamente un conflicto, y se caracterizan porque atribuyen un poder e imponen una sujeción*⁸⁵, una característica fundamental de toda norma procesal es que **impone al decisor el deber de resolver en los términos previstos en la norma material**, tal como señala el profesor Monroy Gálvez, **“el juez es destinatario de dos clases de normas: las procesales (formales) que son las que determinan su actuación, y las materiales que orientan y determinan el contenido de su decisión.”**

Es importante destacar, que el derecho material positivado supone el consenso mayoritario de los legisladores, respecto de la idea de justicia sobre la política social, económica, criminal, urbana, laboral, mercantil etc. y por lo tanto las normas jurídicas han soportado juicios de valor, acalorados debates, exposición de motivos y a veces solo imposición de intereses, lo promulgaron legisladores y no necesariamente científicos, nació ante la necesidad, el debate e interés “general” para la utilidad social, no fue producto de un laboratorio, subyace sobre intenciones de justicia, le dieron vida el estado legítimamente representado bajo el influjo del contrato social de representación y atribución de poder, sin embargo ese plexo de normas jurídicas, positivadas, promulgadas de manera formalmente correcta, es útil, utilizable, confirmable, verificable en la realidad social, ante la existencia de un conflicto o una incertidumbre jurídicas, solo mediante la intervención de las normas técnicas, vigentes, coercitivas, que regulan la conducta de los sujetos procesales al momento de actuar la norma material y luego de una probanza de hechos, **así tenemos que el proceso, bajo ciertos presupuestos**

⁸⁵ En MONROY, Juan (2009) *Juan Teoría General del proceso*, Lima, *Librería Comunitas EIRL*, 3ra Edición Pgs. 290.

garantistas, dictará la consecuencia jurídica prevista en el derecho material, así se hace predecible el derecho, todo esto implica la importancia útil del instrumento normativo y su mecanismo para confirmarse. También en este mismo sentido escribe el profesor Jorge Carrión Lugo, para quien la norma legal procesal es aquella que regula la organización y funcionamiento de los juzgados y tribunales, como por ejemplo las cortes superiores de justicia o los centros de arbitraje, señalan las competencias de los organismos jurisdiccionales o sus equivalentes de excepción, como por ejemplo la competencia por grado, territorio o especialidad en sede jurisdiccional ordinaria o el caso del competence competece en sede arbitral, también establecen deberes y obligaciones a los sujetos procesales, como el caso de la preclusión en sede judicial o el caso de la fijación de plazos adicionales no rígidos e incluso mayores a lo que la ley establece para la emisión de la Resolución definitiva en sede arbitral, entonces la norma legal procesal puede ser rígida, solemne en algunos casos y flexible versátil, elástica y no rígida para otros, lo importante es reconocerla para exigirle el cumplimiento de su función final cual es resolver los conflictos con resoluciones conforme al derecho vigente aplicable al caso, al margen que en el proceder y desarrollo lo hayan hecho por reglas rígidas o flexibles.

Por lo anotado, la Ley de Arbitraje materia de la presente investigación se califica como una Ley Procesal que regula las actuaciones Arbitrales, procedimientos, garantías y formalidades aplicables a un proceso que resolverá los conflicto, por ejemplo el Artículo 56⁸⁶ regula que el contenido del laudo deberá ser motivado, el artículo 57⁸⁷ regula que el arbitraje nacional debe ser resuelto conforme al derecho vigente, el artículo 62⁸⁸ prohíbe bajo responsabilidad

⁸⁶ **Artículo 56º.- Contenido del laudo.** 1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto...

⁸⁷ **Artículo 57º.- Normas aplicables al fondo de la controversia.** 1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho...

⁸⁸ **Artículo 62º.-** 2). El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el

pronunciarse sobre el fondo o la motivación de lo resuelto por el sujeto decisor, así es de notar que nos encontramos ante normas eminentemente procesales sin duda alguna, más aún si en nuestro país el arbitraje es reconocida como un equivalente jurisdiccional por nuestra constitución.

Respondemos entonces, ¿Cómo se aplica este Derecho?, ¿Cuándo interviene el Derecho para confirmarse en la realidad y exigir su efectivo cumplimiento?

Queda claro que la ley de arbitraje es una plexo de normas jurídicas procesales, útil para resolver los conflictos de intereses privados o del propio Estado, además el derecho material fija los valores que subyacen las normas jurídicas y se realizan y confirman mediante las normas procesales instrumentales que regulan su actuación, garantizan su cumplimiento y confirman su vigencia, *en consecuencia una norma procesal que prohíba el control de la debida aplicación del derecho objetivo material vigente al conflicto concreto, es una norma jurídica inútil al fin del derecho procesal y supone también inutilizar o hacer inútil al propio derecho material.*

3.3.3. LA JERAQUÍA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA NORMA LEGAL.

Habiendo desarrollado las características y clasificación de las normas constitucionales y su tratamiento dogmático y iusfilosófico, y no caer en la redundancia temática, es preciso centrarnos en la categoría de la norma constitucional en el contexto político y formal donde regula su primacía frente a otras normas en nuestro sistema peruano y así citar el artículo 51 de nuestra Carta

contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Política que prescribe respecto de este asunto señalando que “la constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”. Diego García Velaunde, comenta este artículo sentenciando que *“Por tanto, este principio, pacífico en la doctrina, tiene ese significado, que lo único que hace es afirmar la supremacía de la dogmática constitucional.”* Esto no requiere mayor desarrollo pues queda claro la jerarquía superior de las normas constitucionales y éstas priman ante un conflicto con una norma legal. Ejemplo de esto es cuando un Decreto Legislativo prescribe la prohibición del control de la aplicación del derecho a un conflicto jurídico que debe ser resuelto conforme a él por un equivalente jurisdiccional, y si ésta norma legal colisiona con una norma constitucional que garantiza la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación del debido proceso formal y material, prima la norma constitucional sobre aquella que no atiende a la teleología de la norma fundamental, que no está acorde al desarrollo jurisprudencial y doctrinario que la informa y nutre.

3.4. NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHO.

La tesis ha sostenido que una norma arbitral afectaría negativamente al estado constitucional de derecho, por lo que siendo esto una variable importante en el desarrollo investigativo, es necesario su elemental caracterización y análisis de sus componentes y manifestaciones fundamentales, más aun que al haber descrito la inclinación iusfilosófica de la presente investigación, se puede tocar el tema del neoconstitucionalismo con la coherencia que merece el acercamiento adepto a la postura constitucional que comparte el presente trabajo de investigación para argumentar la solidez de sus conclusiones.

Habiendo desarrollado los conceptos básicos entre ellos al Derecho mismo como disciplina y como sociotecnología desde una óptica instrumentalista para desentrañar su conceptualización útil a la pragmática de la investigación arbitral, Positismo jurídico como ius positum o derecho puesto, legitimo, vigente y coercitivo, Iusnaturalismo por su contribución al postpositivismo jurídico y en este

derrotero, haber desarrollado el lado pragmático de estos conceptos dentro de la teoría del derecho, todas las anteriores con necesaria aptitud para ingresar al tema de fondo, es oportunidad para, con mayor sustancia, tocar el tema del constitucionalismo útil al desarrollo de la teoría del Estado Constitucional de Derecho Peruano en cuyo contexto se ha trabajado el asunto arbitral de los conflictos contractuales del estado.

3.4.1 LA NORMA CONSTITUCIONAL.

Las normas constitucionales constituyen todo el conjunto de reglas que integran la constitución política de un estado, ocupan un lugar privilegiado de preeminencia sobre las demás normas jurídicas, gozan de una mayor jerarquía y todas las demás normas le deben su contenido, sentido e interpretación a su conformidad, fundamentalmente instituyen prescripciones acerca del estado su estructura y funcionamiento de sus órganos, así como también consagran derechos y deberes de los hombres.

3.4.2 LAS NORMAS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS.

Se ha atendido al Derecho en tanto que aquel sistema de normas sancionadas según la regularidad formal de su dación, como legítimas, vigentes, coercitivas⁸⁹ y útiles para regular la conducta del hombre *como realidad que tiene sentido de servir a la justicia*, no obstante éste concepto, supone de antemano la conexión intrínseca entre el derecho y la moral el mismo que es consagrado desde

⁸⁹ En **ALEXY, Robert (2008) El Concepto y Naturaleza Del Derecho, MarcialPons Buenos Aires Pg. 19**, el profesor expone los “*argumentos prácticos o normativos son relevantes, por ejemplo, cuando se aduce que el derecho como tal o algunas propiedades del mismo son necesarias para llevar a cabo ciertas funciones o para satisfacer las exigencias de ciertos valores. Un argumento de esta naturaleza es aquel que señala que la coerción es una propiedad esencial del derecho porque es necesaria para que el derecho pueda cumplir con los valores de la certeza y la eficiencia que le son inherentes.*”

la autoridad de Robert Alexy, quien nos enseña que las normas jurídicas están clasificadas en reglas y principios jurídicos (desarrollados como los derechos fundamentales⁹⁰) y éstos últimos (de contenido moral y forma jurídica) constituyen ser los *presupuestos éticos del diálogo racional*, pues como sabemos, toda entidad ética es el resultado de la moral sometida a un nuevo juicio de valor y vigencia social, del mismo modo el profesor Ronald Dworkin precisa que los principios son *los derechos individuales* o la *exigencia de justicia, equidad u otra dimensión de la moral*, tal como lo rescata el profesor argentino Rodolfo Luis Vigo, por lo tanto el derecho se dice desde la razón, desde el discurso racional que podemos subrayar que es argumentativo por la imperiosa persuasión que merece la imposición de una norma válida debidamente justificada, no solamente desde la autoridad sino desde la razón justificativa tal como lo propone el neoconstitucionalismo no positivista de raigambre Kantiana y también con toda legitimidad y renovada vigencia la tesis iusnaturalista secular racionalista, esto es, *“véritas non auctoritas facit legem”*- un poco por contradecir el apotegma de Tomas Hobbes, quien creía que es la autoridad y no la razón la que hace la Ley-. Tal es esto así que como concluye Robert Alexy, la razón práctica (moral kantiana) necesita al derecho para ganar realidad, pero el derecho necesita a la razón práctica o moral para obtener legitimidad, esto es tan cierto que el profesor Robert Alexy reproduce de la teoría del derecho de Kant como las asunciones acerca de que existe un derecho inherente a la libertad, así como existe un derecho a la propiedad, no basado en nada diferente a la razón pura, para el filósofo ambos derechos consustanciales o naturales descansan sobre la base de principios a priori, esto significa ligándola a su postura no positivista, que la moral, la justicia y los valores, existen preexistentes a todo derecho positivo y esto se verifica que esos valores y sentimientos de justicia apriorizan y se realizan inmanentes a la dación de una norma jurídica, pero se expresan en la persuasiva argumentación justificativa de la génesis racional del proponer un derecho para ser formalmente

⁹⁰ . SIECKMANN, Jan-R (2011) *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales, Estudios sobre la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Buenos Aires Marcial Pons , Pg18.

expedido, es decir en el ámbito del derecho dinámico, también y con distinto acento recordamos a Gustav Radbruch quien persuade que el derecho necesita a la justicia (que es una manifestación de la moral) para ser derecho, sin embargo nos recuerda que los defectos de justicia de las normas jurídicas no siempre socavan la validez legal de dicha norma ni menos lo hacen, pues los defectos morales sólo socavan la validez jurídica en tanto y en cuanto haya éste nivel de injusticia traspasado el umbral de la llamada “injusticia extrema”, toda vicisitud acaecida sobre la norma jurídica que la devenga en lagunezca, inútil, o inmoral, pero cuya injerencia defectuosa esté por debajo del umbral de la injusticia extrema, solo implica lo que el profesor Robert Alexy concluye, que *“los efectos de los defectos morales se confirman al atribuir al derecho un carácter defectuoso”*⁹¹ no hace falta señalar que con un derecho defectuoso podemos vivir y en efecto convivimos mientras no trastoque el linde de lo arbitrario y abusivo, entonces las normas jurídicas subyacen en razones y valores, por lo que la Ley vale no porque lo diga el constituyente sino por los valores que se asumen y también se justifican. Tan verificable de la existencia como impresión sensible y muestra de ello son los derechos constitucionales.

Por otro lado, el contexto teórico del presente trabajo, comparte y mantiene una línea de acercamiento hacia las posturas conclusivas del postpositivismo y en ese sentido la línea de los profesores Robert Alexy en su concepto y naturaleza del derecho y la doctrina desarrollada respecto de las normas como reglas y principios, también hacia las conclusiones del profesor Ronald Dworkin con la simbiosis inseparable moral (conducta humana que acepta valores preeminentes⁹²) y derecho y la insuficiencia del positivismo legalista hartiano, aunque sea complicado comparar y compartir posturas de una realidad anglosajona con otra Europeo Continental no se puede negar que comparten el

⁹¹ En **ROBERT, Alexy El Concepto y Naturaleza Del Derecho, Marcial Pons Buenos Aires 2008 Pg. 83**

⁹² En **GRANDEZ, Pedro y MORALES, Felix (2013) La Argumentación Jurídica En El Estado Constitucional. México Palestra Editores pg 164** describe entonces el Profesor Javier Adrian

derrotero no positivista de raigambre kantiano como también lo hace el profesor Carlos Nino.

La rigidez del positivismo jurídico, y su discurso de un derecho amoral, planteado por el iusfilósofo Hans Kelsen, defendido por el profesor Herbert Hart, respaldado por el sociólogo Niklas Luhmann, Bobbio¹⁰⁷ u otros por citar, ha languidecido por lo menos, al no poder mostrar la realidad principialista axiológica que subyace a las normas jurídicas, esto es verificable si notamos que el propio positivismo gira su evolución y vigencia en torno a la discusión del fenómeno moral, así como a la decisión de aceptar a la moral en su intrasistema y así nace el Positivismo Incluyente que reconoce que la moral no está necesariamente excluida, aunque discuten que su inclusión es un asunto contingente y convencional, pues ésta dependerá de lo que establezca el derecho positivo, y esta inclusión sea contingente o no ha sido instaurada por la dificultad de negar la presencia de los principios en todo sistema normativo, principios que ha de ser observados porque son *“exigencias de la justicia o de equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad”* tal como lo propone Dworkin y que además insiste en que las normas valen por su contenido conforme a los principios y no por su *pedigrí*.

Corripuna citando a Bobbio, se entiende por moral siguiendo a Bobbio, como que el conjunto de prescripciones de la conducta humana en General ordenado sistemáticamente y jerárquicamente en torno a algunas máximas fundamentales, inspirados por lo común y la aceptación de un Valor considerado preeminente.

¹⁰⁷ **BOBBIO, Norberto (2009) “El Problema Del Positivismo Jurídico”. México: Fontamara pg. 47.** Dice el profesor Bobbio: *“En esta primera acepción de positivismo jurídico, positivista es aquél que asume frente al derecho una actitud valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (v. gr.: que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento, o que sea obedecida durante un lapso determinado por cierto grupo de personas) y no la mayor correspondencia con cierto sistema de valores”.*

Es menester y por supuesto precisar que el alejamiento de las corrientes postpositivistas respecto del positivismo jurídico, estriba en la distancia de la no

admisión de la moral por el derecho positivo y su sostenimiento que la definición del derecho no incluye elementos valorativos, entonces ante estos postulados de los iuspositivistas, y para no perder coherencia con lo esbozado anteriormente, es que el presente trabajo se inclina admitir los postulados postpositivistas o neoconstitucionalistas habida cuenta que es reconocible la existencia de las constituciones de los estados constitucionales y la incorporación de los derechos fundamentales continente de sustanciosos principios jurídicos que subyacen irrefutablemente sobre bases axiológicas apriorísticas racionales que explican la humanidad natural de los derechos humanos, más aún que como se ha develado en el apartado prolativo de la presente investigación, que el alejamiento primigenio y divorcio entre derecho y moral nació producto de la intención de alejar a la disciplina del Derecho de todo acercamiento con la metafísica u ontología que la pudiese contaminar y así acercarla a sus pretensiones científicas, pero que sin embargo la epistemología contemporánea aún no ha concedido al derecho la categoría científica sino sociotecnológica.

Si no perdemos de vista la razón del alejamiento del derecho respecto de los valores que lo subyacen de contenido moral, y si su edificación ha mantenido tal postura, resulta coherente alejarse del positivismo pero sólo respecto de su postulado que niega la relación derecho y valores subyacentes, más no negarla como disciplina sociotecnológica que constituye su estudio, y mucho menos respecto de reconocerlo como derecho puesto, legítimo, vigente y coercitivo, y así reconocerle al derecho la composición de reglas y principios pues sino se le tendría por insuficiente.

3.4.3. NORMAS CONSTITUCIONALES PRIMARIAS Y SECUNDARIAS.

Es preciso resaltar la caracterización de la norma fundamental, pues distinguirla nos ayudará a calzar los artículos 138¹⁰⁸, 139 inciso 3⁹³ y 5⁹⁴ de la Constitución Política del Perú que tiene que ver con los derechos materia de la presente tesis, como son el derecho al debido proceso y al de la debida motivación de las resoluciones que dictan derecho, para darle el tratamiento hermenéutico suficiente y exigirle las consecuencias que de una revisión dogmática le resulte⁹⁵. En este sentido citamos una clasificación ensayada por el profesor Luigi Ferrajoli que admitiendo la latencia de heterogéneos y múltiples conflictos entre normas constitucionales, fundó un criterio de distingo entre normas fundamentales primarias y secundarias⁹⁶, los primarios constituyen derechos de libertad, (no

¹⁰⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

Artículo 138, segundo párrafo dice.- En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal, sobre toda otra norma de rango inferior.

⁹³ **Artículo 139 inc 3**), Son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y *La tutela jurisdiccional efectiva*

⁹⁴ **Artículo 139 inc 5**), Son principios y derechos de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en los que se sustentan.

⁹⁵ **ROBERT, Alexy (2007) Teoría De Los Derechos Fundamentales, Madrid Centro De Estudios Políticos y Constitucionales**, , El profesor neoconstitucionalista enseña que “ la teoría de los principios es una seguridad de los valores depurada de suposiciones insostenible a habrá que mostrar que una dogmática adecuada de los a derechos fundamentales no puede existir sin una teoría de los principios como consecuencia, uno de los objetivos de esta investigación es una rehabilitación de la teoría de los valores de los derechos fundamentales, tantas veces demostrada”.

⁹⁶ En **JOSÉ JUAN MORESO, La Constitución Modelo Para Armar, Marcial Pons, Madrid 2009, Pg. 323** siendo los derechos primarios según protejan expectativas de omisión de interferencia de los demás, o bien expectativas de prestaciones por parte de otros, dan lugar respectivamente a los derechos de libertad o a los derechos sociales. Los primeros son de hechos negativos o de

olvidemos que la libertad es un valor y un principio apriorístico) pero está el acento en aquella libertad que tiene un umbral más alto, la que supone la libertad del desarrollo de la persona humana, y la prohibición de afectar la inmunidad del hombre en relación a su libertad de realización, libertad que debe estar acorde también a un desenvolvimiento limitado por el derecho de libertad de los demás y para ello está el propio derecho para fijar las pautas y límites de ese albedrío, ahora bien, en este sentido, las decisiones jurídicas que recaigan sobre la persona deben estar debidamente motivadas conforme al derecho vigente y aplicable, porque las decisiones jurídicas de la jurisdicción recaerán sobre la libertad de realización, sea de expectativas de ventaja material o sea de libertad física misma, de la persona humana, siendo el derecho la principal pauta social que proteja la libertad del hombre y además la restrinja.

Según el lineamiento de Ferrajoli, dentro de la normas secundarias se encuentran los derechos de la autonomía privada, la autonomía privada negocial puede desenvolverse secundariamente, y sin embargo constituye un derecho constitucional, que debe ser protegido, pero mantiene cierta distancia con la preeminencia a los derechos primarios y más de aquellos que constituyen derechos sociales, como el derecho a la justicia o a la salud, el derecho a obtener la justicia material (el derecho al derecho positivo) insita en la expedición de una debida motivación razonada y fundada jurídicamente¹¹³, así es que los derechos de autonomía cuando colisionan con derechos sociales de libertad que importan al interés social, Ferrajoli rotundamente postula preferir los derechos primarios¹¹⁴,

inmunidad, entre los cuales se puede distinguir todavía “ los simples libertades de, como el derecho a la vida y la libertad personal, y libertades para (además de libertades de) como la libertad de prensa de la asociación y de reunión” Los segundos son derechos como el derecho como la salud, educación, seguridad social. Los derechos secundarios consisten en los derechos de autonomía privada -los derechos civiles- y en los derechos de autonomía política -los derechos políticos- de los que el derecho al voto es más característico.

¹¹³ La ausencia de una debida motivación conduce a la arbitrariedad pues nada obsta para explicar el razonar y la ausencia de fundamentación supondría una resolución situada fuera del ordenamiento Jurídico.

contra aquellos que implican el desarrollo de la autonomía de la voluntad o negociales, por cuanto los derechos constitucionales primarios, constituyen guía y límites a lo que los poderes públicos y privados pueden hacer. Ejemplos de derechos secundarios según la clasificación expuesta, en nuestro ordenamiento constitucional se encuentran por ejemplo en los Artículos 2 inc 14)¹¹⁵, 62¹¹⁶ y 63¹¹⁷ y advertimos como derechos primarios como aquellos derechos fundamentales recogidos como principios de la función jurisdiccional instaurados en los artículos 139 incisos 3 y 5 de nuestra constitución Política del Perú.

¹¹⁴ En MORESO, José (2009) **La Constitución Modelo Para Armar**, Madrid Marcial Pons, , Pg. **326**, El profesor compartiendo la contundencia de posición que defiende el profesor Luj ferrajoli ante una cuestión de posibles conflictos entre normas constitucionales, reproduce fielmente lo escrito por el iusfilósofo lo siguiente: *“Pero éste es justamente el papel del derecho en el constitucionalismo rígido. Siendo “poderes”, los derechos de autonomía están destinados, como todos los poderes del estado constitucional de derecho, a ser sometidos a límites de leyes que impidan su ejercicio “legibus solutus”. Y está claro que la falta de límites a dicho ejercicio...equivaldría precisamente, a esas formas de absolutismo de los poderes que la constitucionalización de los derechos fundamentales tienen como objeto impedir.”*

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

¹¹⁵ **Artículo.- 2º, inciso 14.-** Derecho de la Persona a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público.

¹¹⁶ **Artículo 62, Libertad de Contratar.-** *La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. **Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*** **(la negrita es mía)**

¹¹⁷ **Artículo 63 , Igualdad jurídica de la Inversión Solución de Controversia, tercer párrafo dice.-** *El estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor.*

Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

3.5 LA DOGMÁTICA JURÍDICA COMO MÉTODO Y LA CONSTITUCIÓN.

Siguiendo la estructura y jerarquía normativa del derecho positivizado, nos detenemos en el método que propone la dogmática jurídica para la integración y sistematización del derecho puesto, sin necesariamente entender éste método jurídico como científico sino más bien técnico⁹⁷. La Constitución Política, contiene una parte orgánica (que constituye la estructura del estado, procedimientos, competencias y órganos que integran el poder político) y una parte dogmática, que consagra los valores superiores de una sociedad, así como instauro principios y fines del estado, del mismo modo, consagra libertades deberes y garantías constitucionales para proteger principalmente el propio ordenamiento jurídico⁹⁸, partiendo de estas normas de primer nivel, es que se desarrollarán la rigurosidad de las normas fundamentales instauradas en la Carta Política pues tales normas

⁹⁷ En EMSELEK, Paul (2006) **El Paradigma Positivista de la Dogmática Jurídica**, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7. T. 1. Pg 26, El Profesor Emérito de la Universidad París II, manifiesta enfáticamente su posición respecto de la cientificidad del derecho así como del método de la dogmática jurídica escribiendo que *“Si los positivistas —con Kelsen a la cabeza— han pretendido, bajo una apariencia de claridad, asimilar esta actividad de tecnología jurídica con una actividad científica, es fundamentalmente sobre la base de dos falsas ideas sobre la Ciencia, que resultan ser desafortunadamente muy extendidas; dos falsas ideas sobre las que conviene pronunciarse de una vez por todas. En primer lugar, con frecuencia se tiende a reducir la Ciencia a una simple actividad contemplativa, a una mera actividad de observación y de descripción de las cosas objetivamente contempladas. Sin embargo, esta perspectiva constituye una visión caricatural, como si toda observación o todo descriptivo que consignaran determinadas observaciones proviniese de una operación científica (...) y cuando el hecho de que tales observaciones sean verdaderas o falsas en nada hace cambiar la cuestión de fondo La Ciencia, pese a apoyarse en observaciones, no es por ello sinónima de actividad de observación y de descripción.*

<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0606120017A/20812>

⁹⁸ En el **CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN**, Artículo Publicado como guía del curso, por la Facultad de Derecho de La Universidad Antioquía de Colombia según dirección electrónica <http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/contenido.html>.

guían e iluminan el camino por donde han de dirigirse las demás normas jurídicas de menor rango sin desvío alguno de los parámetros hermenéuticos

constitucionales aportados también por los órganos máximos de interpretación constitucional desde al plano dogmático.

También se desarrollará el análisis de la norma legal para someterla a un juicio de validez dogmática desde la óptica constitucional, tomando como base el principio de optimización de los preceptos constitucionales a través de los cuales serán sometidas las normas legales en cuestión a fin de obtener la racionalidad de sus fundamentos conforme a la constitución que justifique su obligatoriedad y validez, discerniendo así –siguiendo a Bobbio- 1) la legitimidad formal de su dación, 2) comprobando su vigencia actual, y por último 3) corroborando que no soporte incompatibilidad con otras normas de igual o mayor jerarquía⁹⁹.

El método dogmático parte de ciertos dogmas de textos continentales de enunciados normativos, supuestos jurídicos vinculantes, y tiene por objetivo dos aspectos, uno de ellos tiene que ver con el fin teórico que es ayudar a la interpretación de las instituciones jurídicas, y el otro tiene que ver con el fin práctico que tiene por fin hacer posible la explicación de las normas del modo más adecuado a las exigencias del caso concreto.¹⁰⁰

⁹⁹ En **MORALES. Rómulo, (2001) Dogmática Jurídica Y Sistema Jurídico: Aproximaciones A La Sociología Y Antropología Jurídicas, Ius et Veritas Año II No. 23** Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú Lima Páginas: 309 – 337. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20081222_01.pdf

¹⁰⁰ En **PEÑA, Sergio () Curso de Metodología de la Investigación, diapositivas publicadas por la Escuela De Derecho de la Universidad Nacional Andrés Bello de Santiago de Chile, en la dirección web** “http://www.academia.edu/1741486/Metodolog%C3%ADa_de_la_Investigaci%C3%B3n_Jur%C3%ADdica_Tercera_Parte”

3.5 EL DERECHO ARBITRAL.

3.5.1 ARBITRAJE CONFLICTO DE INTERESES Y HETEROCOMPOSICIÓN.

De la naturaleza de los hombres se desprende que son conflictivos para el alcance de sus propias expectativas de ventaja material respecto de o contra otros sus semejantes, en un estado de libertad sin control, el ser humano ha recurrido en un principio a la acción directa como mecanismo para la protección de sus intereses, escenario que minaba la convivencia pacífica en sociedad y el conflicto así era productor de violencia, única expresión material de la autotutela, donde prevalecía el caos de la ley del mar fuerte, de ahí que el Derecho participó para controlar esta realidad conflictiva de intereses, ambiciones e injusticias, llegando en su sofisticación a provisionar al hombre de normas materiales que regulen su conducta como manifestación de tutela jurídica sustancial y para que ésta sea útil, provisionó también de normas técnicas instrumentales que garanticen la efectiva tutela de los intereses legítimos relacionales entre los hombres proveídas por el derecho material, y por esta razón es que el Derecho contempló el proceso como el mecanismo por excelencia para garantizar el cumplimiento del derecho material haciéndolo útil, vigente y confirmable.

Ante un conflicto, desproveída la convivencia humana de ilícita autotutela y confiada la resolución a un proceso heterocompositivo¹⁰¹ donde es un tercero

¹⁰¹ En la Tesis de PANDURO, Lizbeth Meza, Asesor: Giovanni Priori Posada, *“APLICABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES PROCESALES EN EL ARBITRAJE”*, publicada por la Pontificia Universidad Católica Del Perú. Lima 2011, En la mencionada tesis se precisa que “Cuando la composición es efectuada por un sujeto distinto de los que se encuentran en disputa, empleando para tal efecto los instrumentos establecidos en el ordenamiento jurídico, estamos frente a una heterocomposición”.

imparcial quien resuelve la litis aplicando el derecho vigente, es aquí donde nos encontramos la necesidad de los mecanismos judiciales o alternativos para la solución de los conflictos.

El arbitraje entonces es la Institución jurídica que regula la actividad que realiza un tercero o terceros, imparciales como tribunal decisor, respecto de la solución de un conflicto de intereses a cuyo conocimiento se avoca por voluntad de las partes en contienda, extrayendo la controversia de la administración estatal de justicia, con la finalidad de obtener un fallo denominado laudo el cual deberá ser expedido de acuerdo a su leal ciencia, saber o entender o de acuerdo al derecho objetivo, material, aplicable al caso en concreto, pero siempre atendiendo a ciertas formalidades procesales flexibles, no rigurosas, diseñadas incluso por las mismas partes en contienda sobre sus derechos disponibles. El arbitraje al que se avoca la presente Tesis es el Arbitraje de Derecho.

Los requisitos necesarios para que un arbitraje se justifique, son la existencia de un conflicto de intereses o una incertidumbre con implicancias jurídicas en el derecho, que el objeto de la controversia tenga naturaleza disponible, que las partes en contienda decidan voluntariamente acatar lo decidido por el sujeto decisor si está acorde a lo pactado, y la existencia de un proceso por el cual ha de recurrir el trámite litigioso para arribar a la resolución definitiva.¹²³

¹²³ En LOHMANN, Guillermo (1993) *EL ARBITRAJE, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Fondo Editorial Cuarta Edición* Pgs. 40, 41 , el Profesor conceptualiza escuetamente el Arbitraje como “La labor de un tercero a cuya decisión otros se someten” y página seguida precisa los requisitos primarios del arbitraje como :

a) *Es menester que entre dos o más partes haya o pueda haber un conflicto. Más no cualquier conflicto, sino precisamente uno con implicancias jurídicas de Derecho Privado y sobre cuestiones respecto de las cuales poseen dichas partes, facultad legal de decisión y, a la postre, de disposición.*

b) *Los implicados han de acordar que el conflicto sea dirimido o resuelto por un tercero o terceros, cuya decisión de antemano se comprometen a acatar (con la salvedad de recursos de impugnación). Es decir, que la decisión de este tercero es voluntariamente querida por las propias partes: ellas la han solicitado.*⁷

c) *Por último, los convenios arbitrales y el Laudo y sus etapas previas, han de cumplir con ciertas formalidades y sujetarse a ciertos trámites mínimos establecidos.*

3.5.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ABITRAJE.

El arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, ¿Subyace firmemente sobre alguna naturaleza inequívoca del que derive su legitimidad y fuente?, o acaso ¿Participan varios caracteres y categorías autónomas necesarias para identificarla con cierta fidelidad?, pretender ágil y audazmente definir el arbitraje a través de una “naturaleza jurídica” no es recomendable, el profesor Bruno Oppetit nos enseña que *“las dificultades que encontramos para definir el arbitraje se acercan a aquellas que, en un plano más general, afectan la definición misma del acto jurisdiccional, definición para la cual los criterios sustanciales no constituyen, hoy en día una guía segura.”* Y seguidamente nos confiesa que *“A decir verdad, las realidades tan llenas de matices, que dependen de transiciones a veces imperceptibles, no se prestan para conceptualizaciones rígidas con estrictas divisiones en categorías.”* También nos dice el profesor que *“El concepto del arbitraje sufre de estas incertidumbres metodológicas que, como lo hemos visto, dependen de razones de fondo. Empero, la tentación del intérprete de rechazar todas estas distinciones categóricas y de someterse a un vago empirismo se tropezaría con la existencia de sistemas de normas propias...”*¹⁰². Así es que, tal como señala el autor precitado, si vamos a definir al arbitraje con categorías que afectarían la definición misma del acto jurisdiccional, esto supone que para los estudiosos del arbitraje, ¿La definición de lo que es la Jurisdicción, tampoco se encuentra firme y delimitada por la basta y suficiente doctrina procesalística, por la dogmática jurídica y la jurisprudencia integradora?, es menester señalar que la jurisdicción sí está conceptualizada y

¹⁰² OPPETIT, Bruno. (2006) *Teoría del Arbitraje*, Colombia Legis Editores S.A. Pg115.

más aún definida y no sufre los trastornos definatorios que acaece al arbitraje. En este mismo sentido concluye el profesor Oppetit de quien reproducimos textualmente que *“si finalmente acogemos una acepción más precisa de la idea de arbitraje, en el sentido que implique los caracteres esenciales del objeto considerado y que corresponda, entonces, a un verdadero concepto, nos veremos por tanto obligados a navegar entre dos escollos: de un lado, la tentación del rigorismo, que desemboquen un concepto estrecho y reductor; del otro, la preocupación de integrar todas las manifestaciones positivas de la idea, con el riesgo de llegar a un resultado más económico que jurídico y aún “todo arbitral” sistemático.”*

¿Jurisdicción Arbitral?”, el profesor Luis Puglianini, desarrolla un apartado de su libro con esta pregunta como tema relevante y para responderse, recurre a citar la Sentencia del TC, recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, que señalaba que el ejercicio de la jurisdicción privada implica cuatro requisitos, a) *Conflicto de partes* b) *Interés social en la composición del conflicto*, c) *Intervención del estado mediante el órgano judicial como tercero imparcial* y d) *Aplicación de la ley o integración del derecho*” y ante estos criterios de caracterización que planteó el TC, el profesor Puglianini, advierte que nuestro máximo interprete *“confunde “jurisdicción”, en su sentido estricto y publicista, con una de sus acepciones que no necesariamente tiene tal carga pública. Nos referimos a su sentido etimológico: facultad de resolver conflictos, sin importar de donde proviene el “juzgamiento”.*”, de este modo queda expuesta la postura de juristas que a efectos de hacer calzar la caracterización del Arbitraje dentro de un concepto de jurisdicción, utilizan la acepción de éste último desde conceptos que no le son estrictos y positivos, pues en el mismo texto el profesor elabora una legítima pregunta luego de reproducir el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 26 de Mayo del 2015 donde destaca que: *“en esta cita, podemos observar cómo se define en principio a la jurisdicción como la facultad de administrar justicia aplicando la norma al caso concreto (primer*

*problema: si el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, ¿Qué sucede en el arbitraje de conciencia? o ¿Acaso cada tipo de arbitraje tiene naturaleza diferente?*¹⁰³

La profesora Marianella Ledezma también escribe al respecto partiendo de la misma cuestión y abordándola desde las dos posturas, desde la textualista que define de jurisdicción al arbitraje por la sola nominación de nuestra Constitución y el Tribunal Constitucional y la contextualista que le niega ese carácter por no corresponder a su naturaleza y no contener sus cualidades como son la notio, vocatio, la iudicio, la coertio y la executio. A estas cuestiones se intenta dar respuesta con el desarrollo de las tesis contractualista, jurisdiccionalista y autónoma del arbitraje en el Perú.

3.5.1.1 TESIS CONTRACTUALISTA

La tesis Contractual fundamenta que el arbitraje se sustenta y arije en consideración al pacto arbitral o convenio previo instaurada en la cláusula compromisoria, poniéndole énfasis en el acto esencial del cual deriva las facultades del árbitro, ésta postura atiende con preeminencia la soberanía y el poder de disposición de las partes sobre el ejercicio de sus relaciones jurídicas, para la tesis contractualista el elemento fundante del arbitraje para el despliegue de sus efectos, es la autonomía de la voluntad, pues es cierto que solo la existencia del convenio arbitral deduce la activación del sistema arbitral a disposición de las partes en conflicto.

El profesor Canturias Salaverry, escribe que “El convenio arbitral es un acto único, autosuficiente, que no requiere de la ulterior celebración del compromiso arbitral”¹⁰⁴, Rubio Guerrero destaca que el convenio arbitral “la

¹⁰³ PUGLIANINI, Luis. (2012) *La Relación Partes Árbitro*. Perú, Palestra Editores S.A. pg204

¹⁰⁴ En CANTUARIA, Fernando y CAIVANO, Roque (2008) “La nueva Ley de Arbitraje Peruano: Un salto a la Modernidad”, Lima Revista Peruana de Arbitraje Nro. 7 p. 43

pedra angular del arbitraje es la autonomía de la voluntad, pues, el acuerdo de las partes permite el acceso al arbitraje y puede estructurar y orientar su desarrollo”¹⁰⁵, en el mismo sentido opina el profesor Guillermo Loh’mann Luca de Tena sobre el Arbitraje como el acuerdo voluntario de solución de conflictos que surge por mérito de un convenio arbitral¹⁰⁶.

Para comprender desde el plano positivo lo que es el convenio arbitral; ahora es momento de describir lo que por Convenio Arbitral ha quedado jurídicamente establecido, y así tenemos que el convenio arbitral regulado en nuestra Ley de Arbitraje peruano, ha dejado expreso en su Artículo 13, inc 1) que *“El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”*¹²⁹, también señala la norma que este puede constar por escrito como una cláusula o convenio independiente, o mediante alguna comunicación escrita sea de contestación de demanda o actuación al interior del proceso arbitral. Así se desprende en consecuencia que el Convenio arbitral es una manifestación exteriorizada y escrita de la que se debe colegir indubitablemente la voluntad de las partes de recurrir Al Arbitraje, previa o posterior a la eventualidad de un Conflicto de Intereses o una incertidumbre jurídica que surgiere entre ellos. Así las cosas entonces en el Perú, el convenio arbitral es una manifestación de voluntad negocial, consistente en pactar que ante la eventualidad futura e incierta que surgiera un conflicto entre las partes, éstos aceptan recurrir a la jurisdicción arbitral, sometiéndose a los rigores y elasticidades que la Ley de Arbitraje, los reglamentos arbitrales e incluso las partes mismas establecen para el discurrir procesal; sin embargo tratándose de un arbitraje de Derecho no existe convenio, que deshabilite el sometimiento al derecho material que debe ser aplicable al caso, implicando ello que el

¹⁰⁵ En RUBIO, Roger, () *“RUIDO EN LA CALLE PRINCIPAL- Las Reglas De Juego En El Arbitraje Y Sus Peligrosas Distorsiones”*. Themis 53. Revista de derecho. Pág. 21

¹⁰⁶ En LOH’MANN, GUILLERMO, (1993) *EL ARBITRAJE*, Cuarta Edición, Lima Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Pgs. 45 El profesor apunta del arbitraje “como

negocio jurídico celebrado entre las partes y el tribunal arbitral respecto de la prestación jurídica de la decisión no discrecional sino vinculada al ordenamiento jurídico.

un acuerdo de voluntades que regula la forma para una solución extrajudicial de determinadas controversias. Solamente de este modo se explica que así como las partes pueden hacer surgir el arbitraje por el mérito de un convenio, pueden de mutuo acuerdo dejarlo sin efecto antes o incluso después del laudo...”

¹²⁹ **Decreto Legislativo N 1071.** Ley de Arbitraje, Artículo 13, inciso 1) y siguientes.

Por lo desarrollado, la teoría contractualista al sostener que el arbitraje es la realización de un contrato mediante el acuerdo de voluntades protegido y regulado por el Estado, no hace sino desarrollar y describir las características inherentes y plenamente reconocible del arbitraje, pues sin el acuerdo libre y voluntario de las partes para solicitar la participación heterónoma del tercero decisor para la solución de sus conflictos, no podría posibilitarse el ejercicio del sistema arbitral, el acuerdo voluntario negociado es la llave del arbitraje, eso está claro y es la piedra angular de su legitimación por las partes, pues parte de su permiso para someterse al arbitraje y a los dictados del laudo, de modo que como todo negocio jurídico tiene una estructura y su existencia debe de estar exenta de vicios insalvables de nulidad para que el proceso arbitral y el laudo alcance su eficacia y fines. Tan verdad y cierto es que el negocio jurídico que le dio vida al proceso arbitral para las partes, debe de estar exento de vicio alguno pues de no ser así, a causa de un convenio nulo, anulable, inválido o ineficaz, nulo será también el Laudo arbitral devenido del proceso de arbitraje.

3.5.1.2 TESIS JURISDICCIONALISTA O PROCESALISTA.

Esta teoría sostiene que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional ya que el origen del arbitraje, su positividad y validez ha sido sancionada por el estado y en algunos casos le es reconocida tal denominación por la Constitución, también

realizan una similitud entre la función de los árbitros y la del juez, en ese sentido postulan que el arbitraje no difiere de un proceso donde el Árbitro es el Juez privado independiente y autónomo que resuelve dictando el derecho contenido en una decisión firme, decisión sirve para la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho y como tal . Esta tesis considera que es el Estado es quien delega paralelamente la administración de justicia en derecho a los tribunales arbitrales, emite las leyes que regulan el arbitraje para regular los procedimientos arbitrales y concede a las resoluciones arbitrales o Laudos la autoridad de cosa juzgada.

Es importante destacar dos análisis respecto de la jurisdiccionalidad del arbitraje, a decir la textualista y la contextualista, habida cuenta la no existencia de un consenso mayoritario respecto de reputar de jurisdiccional la actividad arbitral, de ahí que la doctrina “jurisdiccionalista” a favor se han encargado de proveer al arbitraje de una literatura de acercamiento conceptual con la jurisdicción pero entendida ésta no en rigor sino *“lato sensu”*, tal es el caso del profesor Bruno Opptit quien reproduce con entusiasmo los avances del derecho arbitral hacia su calificación jurisdiccional *“lato sensu”* señalando que: *“por los beneficios que se reconocen a este tipo de mecanismo y la afirmación de la plena autonomía de las partes en su organización y desarrollo, claramente marcado la pertenencia de la justicia arbitral al orden jurisdiccional lato sensu.”*, de la misma manera el profesor Puglianini citando a José Roca Martínez, recuerda el parecido entre nuestro ordenamiento y el español en materia arbitral y también los mismos problemas de distinción al arbitraje como jurisdicción, desarrollándolo de la siguiente manera: *“al respecto, atendiendo a la similitud existente el ordenamiento peruano y al español, nos parece ilustrativo el comentario que hace José María roca Martínez en relación al ordenamiento español: “ahora bien, la separación entre arbitraje jurisdicción no impide que la actividad de los árbitros y la de los órganos jurisdiccionales existan puntos de conexión(...) En consecuencia si bien el arbitraje y la jurisdicción son realidades distintas, su separación no es tajante. Las interconexiones entre ambas son absolutamente necesarias sobre todo desde la vertiente del arbitraje, que necesita a la jurisdicción para garantizar su*

efectividad y correcto desarrollo.” En este punto reproducimos algunas definiciones elaboradas por destacados procesalistas en relación al término jurisdicción. Tales citas no hacen más que ratificar la innegable carga pública que tiene la jurisdicción, que además es una facultad exclusiva del Estado, y por lo tanto, indelegable a los particulares, lo cual la aleja inevitablemente de la institución arbitral.”¹⁰⁷

Del mismo modo analizando una postura contextualista para calificar de jurisdicción al arbitraje, escribe la profesora Marianella Ledezma quien coincidiendo con el Procesalista Juan Monroy Galvez, escribe señalando que *“Intentar una definición sobre jurisdicción nos remite a diversas acepciones como percepciones se pueda tener de ella. Existen diversos trabajos (...) y que según Couture, se pueden resumir-por lo menos- en cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjuntos de poderes o potestad o autoridad de ciertos órganos del poder público; y como “función pública de hacer justicia”, siendo esta última -la jurisdicción como función- la acepción que se asume, pues no se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades, sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público, ya que la **función jurisdiccional asegura la vigencia del derecho.**”* No se olvide además, que el arbitraje comparte con la jurisdicción la notio, vocatio y la iudicium, pero no goza de la coertio y la excecutio naturales características de toda jurisdicción.

Es de destacar que dada las características desarrolladas por la doctrina, para calificar de jurisdicción estricto sensu al arbitraje desde una nàlisis contextualista, también se ha desarrollado otra tendencia, la textualista y ésta tiene que ver con la lectura positivista del texto de la Constitución así como el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional que identificando algunas características que comparte el arbitraje con la jurisdicción, no ha dudado en atribuirle tal connotación y concepto para el despliegue de su efectividad, podemos decir que el arbitraje en el Perú entonces se corresponde también con

¹⁰⁷ PUGLIANINI, Luis. (2012) *La Relación Partes Árbitro*. Perú Palestra Editores S.A. pg212

esta tesis; no se ingresará a una discusión a este respecto más sino solo la inclinación a una de las teorías que la doctrina ha propuesto para la naturaleza del arbitraje.

Sin embargo es preciso exigir que dada la connotación jurisdicción al arbitraje también le deben ser enlazables los principios rectores de toda jurisdicción más aun cuando se trata de los arbitrajes de derecho y como señaló la profesora Marialnella Ledezma reproducido líneas arriba, *la función jurisdiccional asegura la vigencia del derecho.*

3.5.1.3 TESIS MIXTA O HÍBRIDA

Esta teoría nace como una suerte de conciliar las dos teorías anteriores, pero se manifiesta como una teoría ecléctica, pues conjuga ambas teorías, sostiene que el arbitraje tiene algunas características jurisdiccionales pero también contractuales innegables de modo que si bien critica la ultranza de ambas tesis, sostiene que el arbitraje es una manifestación de la jurisdicción en tanto el árbitro está investido de facultad administrar la justicia en derecho que es una función exclusiva del monopolio soberano del estado pero que el arbitraje comparte por disposición y reconocimiento de ley, pero distingue que el árbitro no tiene poder público, siguiendo así por este estilo el bagaje de sus conclusiones se ocupa también que no basta el convenio entre las partes en conflicto para que se produzca el arbitraje sino también es necesario la aceptación del árbitro para ocuparse de atender los asuntos puestos a su disposición, que sin tal aceptación negocial no se daría el arbitramento.

3.5.1.4 LA TEORÍA AUTÓNOMA.

Habida cuenta que se ha calificado de reductor atender al arbitraje y conceptualizarlo desde una supuesta naturaleza, esto atendiendo las recomendaciones de Bruno Oppetit, así como del profesor Puglianini, pues no existe para el arbitraje un consenso mayoritario ni un concepto pacífico donde la

comunidad especializada se haya puesto de acuerdo, de modo que dada esta situación real que acaece al arbitraje, la doctrina ha desarrollado el estudio de éste fenómeno jurídico propio con características propias, lo estudia funcionando desde su génesis, constituye un versión más refinada de la teoría mixta, califica el derecho arbitral desde sus manifestaciones jurisdiccionales y negociales y además desde su naturaleza procesal, revisa la eficacia y mide los fines, la disciplina arbitral constituye un fenómeno intenso pues busca desde la práctica arbitral los elementos de su desarrollo y evolución¹⁰⁸.

La teoría autónoma entonces sirve de base para comprender el fenómeno arbitral peruano, pues no cae en el rigorismo de un concepto estrecho, ni tampoco se apasiona en dotar al arbitraje una naturaleza que dada su realidad contextual no le pertenece, y más bien le atiende con sus manifestaciones muy particulares, e incluso en sus diversas manifestaciones, voluntaria u obligatoria, de conciencia o de derecho, arbitraje de materias disponibles o no, esto es decir que la teoría autónoma desarrolla y describe al arbitraje desde sus manifestaciones propias, aquella que la legislación de un país determinado le ha atribuido tales características, y con ellas ha de trabajar, pues el tratamiento que le se le da al arbitraje no es uniforme y presenta particularidades en cada país y en cada realidad, así es que el arbitraje en materia de las contrataciones del estado en el Perú constituye un plexo de normas jurídicas dadas para desenvolver el procedimiento arbitral que conocerá de los conflictos derivados de las contrataciones del Estado peruano con características muy propias y particulares,

¹⁰⁸ **Al respecto en CHIPANA, Williams (2013) Los Árbitros en la Ley de Arbitraje. Bases Para Una Reforma del Título III del Decreto Legislativo N°1071, tesis Publicada por la Facultad de Derecho de la PUCP**, El defensor de su tesis concluye respecto de la teoría autónoma del arbitraje *“Resulta necesario, así, denominar a esta figura por su nombre: Derecho Arbitral, y si bien es cierto sus normas, principios e instituciones³¹ se encuentran en constante evolución y perfeccionamiento, no es menos cierto que en la práctica los aspectos contractuales, jurisdiccionales y procesales cobran autonomía e independencia.”*
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4523/CHIPANA_CATALAN_JHOEL_LEY_ARBITRAJE.pdf?sequence=1

donde no solamente interviene la Ley de Arbitraje que regula las actuaciones arbitrales sino también intervienen otras normas como la Ley de contrataciones del estado, de ahí que el presente trabajo se ha inclinado por esta teoría autónoma para sustentar sus conclusiones.

CAPÍTULO IV.

MARCO TÓRICO:

DESCRIPCIÓN DE LAS VARIABLES QUE INTERVIENEN EN LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN JURIDICA Y FACTICA DEL LAUDO ARBITRAL QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.

CAPÍTULO IV.

IV. DESCRIPCIÓN DE LAS VARIABLES QUE INTERVIENEN EN LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN JURIDICA Y FACTICA DEL LAUDO ARBITRAL QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.

4.1 DESCRIPCIÓN DEL DERECHO ARBITRAL PERUANO QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO.

Habiendo tomado posición y desarrollado la conceptualización del derecho, su ubicación dentro de las corrientes iusfilosóficas así como la utilidad de las mismas, su revisión desde el plano disciplinario, su análisis clasificadorio normativo así como la inclinación neoconstitucionalista que constituye la base subyacente del presente trabajo. A continuación se presentan las bases teóricas que sustentan la investigación sobre la prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del estado, y su incidencia sobre el estado constitucional

de derecho, en el Perú, desarrollando la fase descriptiva objetiva de las variables que participan en el presente trabajo investigativo.

4.1.1 LA TEORÍA AUTÓNOMA Y EL ARBITRAJE QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS CONTRACTUALES DEL ESTADO PARUANO.

Dado que el presente trabajo adopta la teoría autónoma del arbitraje, perspectiva desde el cual se considera al arbitraje como un fenómeno que cuenta con características y manifestaciones jurídicas muy particulares, y más aún cuando se trata de un arbitraje que soporta mayores privilegios y características propias como en el caso peruano al cual es importante desarrollar las tales particularidades, para delimitarlo conceptualmente y entenderlo desde sus manifestaciones propias que actúan en el conocimiento de los conflictos y controversias del estado peruano en materia de sus contrataciones y adquisiciones que constituyen zona crítica de la administración pública y que justifica un tratamiento temático especializado que distinga al arbitraje estrictamente privado de aquel que se avoca a resolver sobre los bienes e intereses del estado.

4.1.2 EL ARBITRAJE DE DERECHO PERUANO Y SU MANIFESTACIÓN JURISDICCIONAL.

Atención aparte merece el arbitraje de derecho que no puede concebirse sino como la expresión del ejercicio jurisdiccional del arbitraje facultado por la Constitución, desde una óptica textualista, Jurisdicción entendida como “iuris dicere” pues solo hay jurisdicción donde se dice el derecho, no habrá arbitraje jurisdiccional donde se dictan los arbitrios de la

conciencia o justicia particular de cada quien¹⁰⁹, pues es importante resaltar que la jurisdicción deriva del latín “ius dicere” “decir el derecho”, sea que atendamos a la teoría Organicista, Subjetiva, Objetiva o la teoría de la sustitución¹³³, todas atienden a la jurisdicción como un poder deber de administración de la justicia en derecho, nuestra constitución política sigue el mismo concepto y precisa que este derecho debe administrarse además atendiendo a la jerarquía normativa que ya hemos desarrollada páginas atrás.

En este sentido el arbitraje de derecho decíamos que es la expresión de la función jurisdiccional solicitada por las partes, porque lo que las partes en conflicto quieren es la aplicación del derecho al fondo de su controversia, y para que ello ocurra, deben recurrir al arbitraje de derecho por la garantía que significa el cumplimiento de la solicitud, para ello el Estado legitima a quienes además del poder judicial les atribuye potestad excepcionalmente para dictar el derecho, como es el caso del arbitraje, esto es verificado en nuestra Constitución Política del Perú así:

Constitución Política del Perú.

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

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

¹⁰⁹ **OPPETIT, Bruno. (2006) Teoría del Arbitraje, Colombia, Legis Editores S.A. Pg 174**, El jurista expone de manera muy interesante las variantes del derecho arbitral en sus diferentes manifestaciones así como el tratamiento que le dieron en distintos paises al arbitraje habida cuenta la imposibilidad metódica de buscar la homogeneidad y contornos exactos del concepto de arbitraje, reproduciendo así el tema: “*hoy en día encontramos en muchos países esta dualidad del arbitraje contractual del derecho civil, o arbitraje experto quicio o arbitraje de calidad, y del arbitraje jurisdiccional, ya sea en Italia (arbitrado ritual de y arbitraje y/o o arbitrario líbero o y rituales), en Alemania () o en Inglaterra (). Esta heterogeneidad de la*

institución y esta ausencia de delimitación no permitirían, en las condiciones en estas condiciones hacerla depender de una definición demasiado rigurosa y restrictiva del arbitraje que excluye de su campo la aplicación nociones que le estén emparentadas y que no dependa tampoco, en estricto sentido, de otras categorías jurídicas.”

¹³³ **MARTIN HURTADO REYES, Fundamentos De Derecho Procesal Civil, Idemsa Lima 2009 primera edición, Pg. 26.**

La legitimación y positivización jurisdiccional del arbitraje en tanto concepto textualista, queda constatada por nuestra Constitución Política del Perú en este Artículo, en la instauración del arbitraje estableciéndolo como jurisdicción independiente de excepción, constituyéndose en una vía paralela a la judicial a la que se arriba por el camino del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, en la expresa e inequívoca manifestación de querer sustraer sus conflictos de la vía judicial ordinaria y que implica una renuncia al derecho de acción dirigida al estado o a la justicia estatal e implica el sometimiento al tribunal privado, es por esta razón que la voluntad fuente del arbitraje debe ser plena y libre, sin atisbo alguno de direccionamiento ni imposición obligatoria, la elección de la vía jurisdiccional debe de ser ejercida con plenitud pues esta le dará la legitimidad y autoridad al tribunal decisor, de ahí que las imposiciones para el arbitraje obligatorio que suprime la voluntad de las partes es cuestionada por la doctrina comparada¹¹⁰.

¹¹⁰ **JEQUIER, Eduardo (2011) Arbitraje Forzoso En Chile Un Examen De Constitucionalidad En El Ordenamiento Jurídico Chileno. Artículo Publicado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Chile .** Una interesante apreciación comparte el profesor chileno cuyo razonamiento jurídico compartimos y dice *“No es entonces por la vía de obligar a someterse a arbitraje respecto de controversias sobre materias disponibles en Derecho, que el Estado debe abordar las dificultades prácticas que le genera la sobrecarga de su sistema de justicia. Semejante alternativa, reitero, amén de desnaturalizar la institución arbitral, se encuentra en abierta pugna con derechos fundamentales que le imponen al Estado y a sus órganos el deber de reconocer y respetar la libertad y la autonomía de la voluntad que inspiran la institución del arbitraje. La promoción del arbitraje, como alternativa a los órganos jurisdiccionales estatales, debe provenir de su fortalecimiento en cuanto mecanismo al que las partes pueden recurrir libremente en busca de soluciones de mayor calidad relativa, rapidez, eficacia y hasta de privacidad, pero nunca de una imposición del legislador.*

4.1.3 EL ARBITRAJE PERUANO Y SU MANIFESTACIÓN COMO SISTEMA PROCESAL.

Ya que se han desarrollado las concepciones y caracterización de las normas procesales, es preciso reconocer en el Decreto Legislativo 1071, Ley Que Norma El Arbitraje, que constituye un plexo de normas eminentemente de carácter procesal, pues como señaló el profesor Jorge Carrión Lugo, a quien citamos en el apartado correspondiente, la norma legal procesal es aquella que regula la organización y funcionamiento de los juzgados o tribunales que decidirán conforme a derecho en la administración de justicia, entre ellos tenemos como por ejemplo los centros de arbitraje, las normas legales procesales llamadas también normas técnicas para la confirmación del derecho material vigente, señalan las competencias de los organismos y de los actores en el proceso que regula, las materias susceptibles de conocimiento en la sede correspondiente, las reglas del desarrollo de las actuaciones de las partes y del tribunal decisor, es preciso en este sentido calificar las normas del Decreto Legislativo 1071, ley que norma el arbitraje y reconocerlo como un plexo de normas legales procesales e instrumentales para el cumplimiento de los fines de toda vía declarada o reconocida como jurisdicción con nuestra carta constitucional, y facultada a dictar el derecho a los casos sometidos a su conocimiento como en el presente caso es el sometimiento del propio estado

para la resolución de los conflictos de naturaleza y raigambre público que importa al interés social pues decide sobre los intereses del estado.

El reconocimiento del Arbitraje como un sistema procesal lo tenemos en el Propio Decreto Legislativo 1071 Ley que Norma el Arbitraje:

Disposiciones complementarias

DÉCIMA. Prevalencia

Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

Artículo 47, Numeral 2, Literal b).-

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes

(...)

*b) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo **del proceso arbitral**, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo **al proceso arbitral**;*

Por lo expuesto queda claro nuestra postura que atiende al arbitraje autónomamente desde sus características observables y se sostiene en la propia Ley que Norma el Arbitraje, que entiende el arbitraje como un proceso en virtud del cual se regula la actuación, procedimientos, facultades, potestades, poderes, límites, plazos, mecanismos u otros que tienen que ver con el proceso para la obtención del fallo o la decisión fundada en derecho o conciencia.

4.1.3.1 LA PRUEBA EN LA LEY DE ARBITRAJE PERUANO Y SU IMPORTANCIA PARA EL CONTROL DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LOS (LADCE).

Las menciones al tratamiento probatorio en sede arbitral han sido reguladas por los siguientes artículos de La ley de arbitraje:

Dec. Leg Nº 1071.

Artículo 39 numeral 2) demanda y contestación.

2. “Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.”

Artículo 42 numeral 1) Audiencias.

1. “El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes, a

menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.”

Artículo 43º.- Pruebas.

1. *“El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.”*

2. *El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.*

Artículo 44º.- Peritos.

1. *“El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.*

2. *Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.*

Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.”

Artículo 45º.- Colaboración judicial.

1.” El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.

2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.

3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.”

Reproducidas las normas que se han dictado en materia probatoria en sede arbitral, vale resaltar que si bien es cierto existe la garantía de la exigencia de la motivación para cuando el tribunal arbitral decida prescindir de las pruebas ofrecidas y no actuadas, tal como lo prescribe el artículo 43º, sin embargo ¿Que pasa si prescinde de una prueba relevante y determinante para la resolución de un caso, y no motiva tal prescindencia?

Mientras exista la prohibición de controlar factico y jurídicamente la debida motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve los conflictos de las contrataciones del estado, la exigencia de motivar la prescindencia y no actuación de las pruebas aportadas al proceso arbitral, no constituye garantía de nada.

Siendo la prueba el elemento material factico de los hechos para determinar la norma aplicable al caso concreto. Mientras exista el monopolio libre y no controlado del árbitro de prescindir de ellas o el de no actuarlas si cree conveniente, salta una legítima pregunta ¿Para qué probar en un proceso arbitral? Si tal como lo ha desarrollado en su tesis el profesor Haley Lopez Saldivar señalando que *“Claro que un caso aparte son aquellas cuestiones respecto de las cuales no habría remedio alguno en la Ley de Arbitraje, como son la defectuosa valoración de las pruebas y la falta de motivación o defectuosa motivación del Laudo”*, el profesor ha destacado y reconocido algo fundamental, a decir la falta de garantías y remedios contra arbitrariedades probatorias y decisionales por parte de los árbitros.

4.1.4 EL ARBITRAJE DE CONCIENCIA Y DE DERECHO EN LA LEY DE ARBITRAJE Y EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO PERUANO.

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos tiene dos formas de resolver sobre el fondo de la controversia, el arbitraje de Conciencia y el Arbitraje de Derecho, cada cual merece un tratamiento y atención distintas pues nos encontramos ante fenómenos distintos.

4.1.4.1 ARBITRAJE DE CONCIENCIA COMO MANIFESTACIÓN NEGOCIAL O CONTRACTUAL DEL ARBITRAJE.

El arbitraje de conciencia siguiendo al profesor Fernando de Trazegnies, supone una amplia facultad del árbitro para resolver sobre el fondo de acuerdo a su solo criterio, lo que es llamado su “leal saber y entender” esto sin embargo al parecer discrecional, lo cierto es que esta forma de arbitraje es usado por los prácticos hombres de negocios desconfiados de las solemnidades del derecho ordinario, y están acostumbrados a cerrar sus contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe y la equidad, lo que implica la forma arbitral más confiable, eficaz, eficiente y legítima porque descansa sobre el ejercicio libre de la autonomía de la voluntad de los contratantes quienes se someten y asumen bajo su propio riesgo y conocimiento las reglas claras del arbitraje de equidad, pero debemos distinguir a la equidad de la arbitrariedad, no perdamos de vista que la equidad como manifestación de la Justicia es el vector teleológico que guía al aspiración del derecho, por lo que la equidad constituye en un instrumento de realización de los fines del derecho¹¹¹.

Así tenemos que la Equidad o la conciencia, el leal saber y entender como objeto que se desea obtener del convenio jurídico contractual arbitral de las partes, constituye la manifestación negocial contractual del arbitraje, pues es lo que se desea obtener del árbitro, el juicio conforme a la razón y sindéresis del sujeto decisor; tenemos así como resultado que el arbitraje de conciencia tiende a desarrollar la naturaleza negocial del arbitraje pues no puede entenderse de otra

¹¹¹ En **TRAZEGNIES, Fernando (1996)** , **Arbitraje de Derecho Y Arbitraje de Conciencia. Artículo Virtual en Ius Et Veritas, Revista Publicada por alumnos de la facultad de Derecho de la PUCP, Lima.** [Http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm](http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm).

manera sino como aquel mecanismo propuesto por las partes para obtener algo que es propiedad del juzgador de su conflicto, es la adquisición de su leal saber y entender, su *sindéresis*, esa *sindéresis* y ciencia que es propiedad del sujeto decisor y de nadie más, no es monopolio del estado y que no se encuentra necesariamente en los canales estrictos de la ley positiva.

El arbitraje de equidad o conciencia, importa el ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad que comienza legítima desde la libre elección de la vía arbitral o judicial por las partes, pasando también por el desenvolvimiento procedimental que es de su entero monopolio, ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad que se encuentra presente incluso en el resultado de la prestación a cargo del juzgador privado, pues el árbitro no está obligado al derecho material aplicable al caso, sino que les provee de la ciencia y *sindéresis* que posee, esto es lo que las partes le adquieren, donde el estado no puede ni debe controlar sino solo los formalismo de la regularidad del proceder de las actuaciones arbitrales establecido por la ley o las partes, pues en cambio respecto de lo resuelto, el Estado en estos casos, más bien debe proteger la libertad contractual de los contendientes en relación de la prestación a obtener del árbitro, estableciendo legítimamente y garantistamente a la jurisdicción ordinaria la prohibición de entrar en el fondo de la controversia y de lo resuelto por el árbitro equitativo, claro está dentro de los límites y extremos de la materia arbitral objeto del proceso y también el Estado, dada las condiciones procesales y garantistas, de todo proceso arbitral asegura el cumplimiento de la equidad decidida, haciendo valer las herramientas procesales dotadas al arbitraje.

4.1.4.2 EL ARBITRAJE, EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO PERUANO, ES UN ARBITRAJE DE DERECHO.

Llevado lo desarrollado del arbitraje al caso de las Contrataciones del Estado, es preciso citar las normas que delimitan el arbitraje que rige en la Ley de Contrataciones del Estado y prescriben que deba ser de derecho¹¹², en principio recalcar que como norma procesal emitida por el estado, constituyen normas de derecho público¹³⁷. lo que al parecer del profesor Franz Kundmüller, es un atentado contra la libre determinación de las partes de elegir el tipo de arbitraje que puedan pactar.

Decreto Legislativo N° 1017.

Artículo 52°.- Solución de controversias

52.1. 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.

Artículo 52.3.- *El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las*

¹¹² En **CASTILLO, Mario (2009) El Arbitraje En La Contratación Pública**, Lima Palestra Editores SAC, **Primera Edición.**El profesor, reproduce la opinión de Franz Kundmüller, en «La *Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento*». Op. cit., pp; quien es de la opinión que nuestra Ley de Contrataciones, además de haber suprimido la libertad de elegir la vía judicial o arbitral imponiendo la arbitral, también ha restringido la libre determinación de las partes sobre el tipo

de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta

de arbitraje que puedan pactar, así expone su crítica: “ *el hecho de exigir que el arbitraje sea de derecho constituye una grave limitación a la libertad de las partes para determinar el tipo de arbitraje que convenga a sus intereses, significando también una gravísima limitación para la libre determinación de las partes respecto del modo apropiado de gestión de sus conflictos en sede arbitral*”

¹³⁷ **MONROY, Juan (2009) Juan Teoría General del proceso, Lima, Librería Comunitas EIRL, 3ra Edición**, El profesor Monroy escribe respecto de la naturaleza pública del derecho procesal. Siendo la función jurisdiccional una actividad especializada, única, irrenunciable y exclusiva del Estado, la regulación de estructura, funcionamiento, y métodos supone la existencia de normas, cuya naturaleza es de derecho público, utilizado- un cunado solo fuese por razones didáctica- la clásica, anacrónica y a veces borrosa división del derecho en público y privado.

disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

Nueva Ley de Contrataciones del Estado.

“Artículo 45.3.- Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

La norma nos dice que el arbitraje ha de ser de derecho, esto implica que lo que decidirá el conflicto se encuentra en el derecho objetivo, en el derecho positivizado, contenido en el plexo de normas puestas legítimas vigentes y coercitivas tendientes a realizar los valores de la política, lo que implica que no decidirá el conflicto conforme a la

sindéresis, la ciencia particular o criterio de justicia propia del árbitro; éste reconocimiento es importante para desarrollar la presente tesis, pues delimita el sentido y espíritu de la norma prescrita que ha establecido que el arbitraje en materia de las contrataciones del estado ha de ser de derecho lo que importa una vinculación y aplicación al ordenamiento jurídico vigente¹¹³.

También nos ha precisado que el derecho aplicado al fondo del asunto y a la resolución definitiva, debe observar la Ley de contrataciones del estado y su reglamento por ser la norma especial, y luego las normas de derecho público y las de derecho privado que les sea aplicable, manteniendo tal orden de prelación al momento de atribuir el derecho objetivo al caso concreto.¹¹⁴

¹¹³ **LA CRUZ, Miguel. (2011) La Impugación del Arbitraje, Madrid, Editorial REUS SA, pg 164.** El profesor Lacruz, explica la noción de orden público exigible al fondo del arbitraje de la siguiente manera "en cualquier caso, la noción de orden público se reconduce por los autores han nuestra constitución, tanto si hablamos de orden público material, entendiéndolo como tal los principios, derechos y libertades consagrados en la misma, como de orden público procesal, como no vulneración de los principios y derechos fundamentales a la tutela judicial plasmada en el artículo 24 del mismo texto y también la jurisprudencia insiste en esta idea como no señala claros alegría "la jurisprudencia...ha venido identificando la noción de orden público con los derechos y libertades fundamentales de la constitución incluyendo las garantías de la tutela judicial efectiva". "

¹¹⁴ **En CASTILLO, Mario (2009) El Arbitraje en la Contratación Pública, Palestra Editores SAC. Pg 34.** "Ahora bien, en materia de Contratación Pública, todas las legislaciones de nuestro país han contemplado al arbitraje de derecho como aquél que se aplicará para la solución de controversias. Ello, de seguro, porque el legislador ha querido y quiere evitar que — precisamente— el arbitraje sobre esta materia sea arbitrario o subjetivo."

También en el mismo artículo, el profesor Castillo Freyre, citando a Kundmüller reproduce una posición que critica la adopción del arbitraje de Derecho para el resolver los conflictos de las Contrataciones del Estado en el Perú. Y escribe: "(...) A entender de Kundmüller, que el hecho de exigir que el arbitraje sea de derecho constituye una grave limitación a la libertad de las partes para determinar el tipo de arbitraje que convenga a sus intereses, significando también una gravísima limitación para la libre determinación de las partes respecto del modo apropiado de gestión de sus conflictos en sede arbitral."(36)

Arribando al tratamiento procesal en sede arbitral, sobre el tema del arbitraje de derecho es pertinente citar lo que ha prescrito nuestro Decreto Legislativo No 1071 al respecto.

Decreto Legislativo N° 1071.

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

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.

Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Artículo 216 .- «*Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento»*

El presente trabajo no pierde de vista solo el gesto sino también la sustancia del arbitraje de derecho, que si bien es cierto se prescribe que debería aplicarse el derecho vigente al caso concreto, exigiendo que los árbitros resuelvan la cuestión controvertida con arreglo a las normas jurídicas aplicables, además la Ley de Contrataciones y su reglamento,

dictan el orden de prelación a observarse, sin embargo no ha previsto los mecanismos de garantía para que ello en efecto suceda tal como prescribe, más aún, la presente tesis atiende con especial cuidado la imposibilidad jurídica del control de la aplicación del derecho vigente, dado que se ha prohibido bajo responsabilidad a la única vía judicial de revisión.

Esta situación encuentra resistencia en posturas que asumen que el Arbitraje ha sido dotado de jurisdicción por las partes¹¹⁵ y no por el estado, es de advertir en este sentido que los privados no podríamos otorgar algo que no tenemos, y la función jurisdiccional es de exclusivo monopolio del Estado, quien delega excepcionalmente tal potestad,

4.1.5 LA MATERIA SUCEPTIBLE DE ARBITRABLE EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO PERUANO.

La doctrina mayoritaria al respecto, -para no enumerar el elenco de materias susceptibles o no de arbitrabilidad- concluye unánimemente que la viabilidad del arbitraje está delimitada por las materias de derecho privado sobre las cuales las partes tienen pleno monopolio y facultad de libre disposición, que de ninguna manera incluyen bienes e intereses de dominio público, en este sendero los criterio homogéneos establecidos por el derecho comparado son: a) El criterio de la libre disposición o de la disponibilidad y b) El criterio de la patrimonialidad¹¹⁶

¹¹⁵ **OPPETIT, Bruno. (2006) Teoría del Arbitraje, Colombia, Legis Editores S.A. Pg31**, el profesor Oppetit, comparte la concepción del arbitraje que postula Ch Jarrosson, “Él ve entonces en el arbitraje la institución por medio de la cual un tercero soluciona un diferendo que opone a dos o más partes, en virtud del ejercicio de una misión jurisdiccional que le ha sido confiada por estas. Esta definición se adecua efectivamente a una misión extensiva del arbitraje y permite incluir un número de intervenciones respecto de las cuales han surgido, en los últimos años, conflictos de calificaciones, pero descarta de su campo, contrariamente a la tesis defendida en otro tiempo por Henry Motulski, el arbitraje obligatorio.”

¹¹⁶ **SOTO, Carlos. (2008), El Arbitraje en el Perú y el Mundo. Perú, Instituto Peruano de Arbitraje Pg227** dice “se ha sostenido, por ejemplo, que el arbitraje habilidad se predica de derechos o intereses de contenido económico o patrimonial. A contrarios en su, no serían aplicables los asuntos que no versan

Nuestra ley de Arbitraje ha asumido también el criterio unificado de las características del arbitraje, pero fiel a nuestro estilo, partiendo de la postura homogénea de lo que es la materia arbitral por su naturaleza, la extendió de la siguiente manera:

Decreto Legislativo 1071.

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

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

Tenemos así que la Ley de Arbitraje Peruana, prescribe que las controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje versan sobre materias de libre disposición, y por esto entendemos que está dirigida a la libertad facultada que tienen las partes para decidir respecto del uso o destino de lo que les pertenece, lo que implica un criterio de patrimonialidad, ya que algo que poseemos no valuable económicamente son nuestros derechos que nos pertenecen para ser ejercidos y no para poder disponer de ellos.

Tomada lectura de la norma se aprecia que el criterio de libre disponibilidad, y el de patrimonialidad ha sido extendido al criterio no limitado de materias que pueden ser arbitrables según la voluntad de la Ley, marginando la correspondencia o importancia respecto de la patrimonialidad o libertad de disposición de la materia arbitrable, pues la norma en observación no ha señalado que las materias susceptibles de arbitraje sean los que dictamina la ley conforme a los criterios del artículo 2, sino simplemente señala que “pueden someterse a

sobre derechos o intereses de esa naturaleza. No obstante, una materia puede ser excluida del arbitraje por razones de interés público o social, pese a tener un carácter económico o patrimonial.”

arbitraje...aquellas que la ley o los tratados internacionales autoricen”, conforme a lo descrito se advierte que se ha eliminado el criterio orientador respecto de la libre disposición y la patrimonialidad para dar paso a las materias de libre disposición y los que la Ley autoricen.

En materia de las Contrataciones del Estado, el objeto contractual, implica prestaciones de las que se vale el estado para realizar sus fines programáticos, colige conflictos sobre bienes, servicios y obras públicas, implican materias estatales que importan al interés social, porque el objeto contractual prestacional importa el patrimonio del estado, sus fondos y sus fines. La libre disposición de los intereses, bienes y fondos del estado, no calzan en la definición

de “materias del derecho privado”¹¹⁷, tampoco se equiparan al concepto de libre disposición o disponibilidad por parte del estado y de los privados que contratan con él, el criterio de patrimonialidad que le subyace constituye dominio público.

Ejemplo de esto es el caso de COSAPI TRANSLEI quien demandó a la Entidad estatal de supuesto enriquecimiento sin causa, a costa del demandante logrando Mediante Laudo de fecha 7 de julio de 2005, que el árbitro declarara fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa por parte del estado, era una controversia de índole contractual, “*sobre la cual las partes tienen libre disposición*”, pues como se advierte, el árbitro único considera que los fondos con lo que se pagarán prestaciones no contratadas del estado que devienen en un “enriquecimiento sin causa” de la Entidad, son de libre disposición del estado, rompiendo lo que por materia arbitral se tenía por homogéneo en la doctrina, sin embargo esto es espacio como para señalar lo que para el profesor Castillo Freyre dice: *nada obsta para que la ley de un país pueda romper esa homogeneidad. En*

¹¹⁷ En CASTILLO, Mario, (2009) *El Arbitraje en la Contratación Pública, Palestra Editores SAC., Pg 58*. Sobre este tema, Arrarte y Paniagua consideran que no tiene ningún sentido afirmar que si las obras adicionales exceden una valla porcentual del valor contratado, se debe tener en cuenta que los fondos involucrados son públicos y, en consecuencia, indisponibles. En efecto, si se asume que los fondos que solventan las obras públicas son del Estado, es claro que no sólo aquéllos que excedan esta valla porcentual tendrán la calidad de fondos públicos, sino que esto

este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad.”¹⁴³

Como es sabido, nuestra Ley de Arbitraje peruana, ha tenido también como modelo la Ley de Arbitraje español, habría sido saludable, haber inspirado nuestra Ley de Contrataciones del Estado también en el modelo Español, que menos audazmente ha abierto las puertas a la arbitrabilidad de causas, pero con cautela restringiendo como materia arbitrable los bienes, intereses y patrimonio del estado mostrando una actitud más cuidadosa de los intereses del estado respecto de sus contrataciones tal como nos lo da a conocer la Profesora Marta García Pérez cuando reseña los supuestos de prohibición y restricción de utilizarse la “técnica

ocurre desde el primer centavo comprometido con la obra, sin que por ello se pueda afirmar que estamos frente a un bien indisponible.

¹⁴³ **CASTILLO, Mario** □ **SABROSO, Rita** (*)La Materia Arbitrable En La Contratación Pública* Artículo Virtual publicado por el profesor Mario Castillo Freyre, en http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/148_Materia_arbitrable_en_la_contratacion_publica.pdf.

arbitral” a los casos de contrataciones donde participen entidades del sector público caracterizados como administraciones públicas¹¹⁸.

¹¹⁸ **GARCÍA, Marta. (2011), Arbitraje y Derecho Administrativo. España, Editorial Aranzadi S.A. pg 98 y 110**, Se la escrito sobre el tratamiento que da la legislación española al arbitraje en materia de contrataciones con el estado de la siguiente manera “*los entes organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de administraciones públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la ley 60 es las 2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, la solución de las diferencias que pueden surgir sobre los efectos cumplimiento y extinción de los contratos que celebren(...)* -El legislador ha querido eliminar el recurso de la a la técnica arbitral en materia de contratos, reduciendo su campo de acción al que puedan promover los entes organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de administración pública.” La doctora García, también reproduce la Legislación Estatal Española contenida en la Ley 33/2006, artículo 31 dedicada a la transacción y el arbitraje “*no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de ministros, a propuesta del de hacienda, dictamen del Consejo de Estado en pleno.*” La posibilidad de someter a arbitraje no se extiende a los bienes de materiales que, por su condición de inalienables, se alejan del criterio general de

4.1.6 EL ALUDO ARBITRAL DE DERECHO QUE DECIDE SOBRE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO PERUANO DEBE SER MOTIVADO.

La motivación de las resoluciones que dictan el derecho como las resoluciones judiciales o los laudos arbitrales de derecho, es precisamente justificar y exponer la concurrencia de las razones jurídicas que encaminaron al decisor a arribar a la resolución decidida, no es un discurso libre sino vinculado. Colomer Fernandez, dice al respecto que *“la motivación no es un discurso libre, sino que se encuentra vinculado a límites y, en consecuencia, el juez en su función de justificación de la decisión se encuentra limitado, de una parte, en cuanto a los instrumentos conceptuales y lógicos que puede emplear en la elaboración del discurso, y de otra, con relación al ámbito y extensión de la actividad discursiva”*¹¹⁹.

*disponibilidad ya expuesto. La legislación autonómica ha sido más contundente que la estatal en este punto, **contemplándose en ocasión una prohibición expresa de arbitraje para los bienes de dominio público.*** *(la negrita es nuestra)*

119

145 COLOMER, Ignacio (2003) La Motivación de las Sentencias: sus Exigencias Constitucionales y Legales, Titan lo Blanch, Valencia, pg. 51.

En La ley de Arbitraje Peruana, ha tenido el gesto de insertar una norma que establece que el arbitraje debe ser motivado.

Dec. Leg. No 1071 Ley que Norma El Arbitraje

Artículo 56.- *Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50.*

Disposiciones Complementarias.

DECIMO SEGUNDA. Acciones de garantía.

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.

La inserción de la norma transcrita ha merecido comentarios interesantes por autores cuya tendencia es relativizar la exigencia de la motivación en los laudos arbitrales suponiéndoles un tratamiento parecido al que se daría a un arbitraje de conciencia donde el razonamiento lógico y discursivo de las decisiones no son necesariamente susceptibles de control jurídico, así tenemos por ejemplo la opinión del profesor Julio Martín Wong Abad, cuando sentencia que “*es decir, el exámen de la motivación es un examen externo o formal que no se interroga sobre la justicia de lo decidido por los árbitros*”¹²⁰ del mismo modo, escribe el profesor

¹²⁰ **WONG, Julio (2013) La Motivación Defectuosa Como Causal De Anulación del Laudo Arbitral. Jurista Editores Lima Pg. 130**

Bullard Gonzales comenta que “ *el legislador ha entendido que la principal razón por las que las partes pactan arbitraje es porque no desean que el asunto que someten a los árbitros sea revisable ni visto en vía judicial, para ello las partes priorizan la seguridad y permanencia del fallo arbitral sobre la motivación o incluso sobre la calidad del mismo* ”¹⁴⁷

En el mismo sentido y de forma más alegre se ha comentado también al respecto lo siguiente, también por el profesor Bullard Gonzalez, cuando se responde a la pregunta ¿Y cuál es el remedio a un laudo defectuosamente motivado? y contesta lo siguiente “*de lo anterior se deriva que no existe remedio para el laudo defectuosamente motivado y esa ha sido la intención de la Ley de Arbitraje, Como dijimos la interpretación conjunta del artículo 56 con el 62, de la LA, implica que lo que se exige es la existencia de motivación, y no la calidad de la misma*”

Demostraremos que los comentarios y las conclusiones de autores que relativizan el mandato de la debida motivación de los laudos arbitrales que resuelven los conflictos derivados de las contrataciones del estado, es porque no han desarrollado la caracterización autónoma del fenómeno arbitral en la materia contractual estatal, y han elaborado conclusiones generales para el arbitraje en general, sin distinguir con cuidado el fenómeno bajo examen de la presente investigación.

Por ello es que si la presente tesis se aparta de teorías que generalizan características y naturalezas al arbitraje, y no lo tratan con la autonomía que merece acorde a las características que le son propias dada la especialidad al que se avoca el arbitraje y su conocimiento sobre lo que resuelve, describiendo primero para calificar después.

¹⁴⁷ Alfredo Bullard Gonzales y Carlos Soto Coaguilla, Comentarios a la Ley Peruna De

4.1.7 LA MOTIVACIÓN JURÍDICA Y FÁCTICA DEL ALUDO ARBITRAL DE DERECHO QUE DECIDE SOBRE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO ES UN DERECHO RESTRINGIDO POR LA LEY DE ARBITRAJE PERUANO.

La reglas procesales instauradas legislativamente por el Dec Leg 1071, para el proceso arbitral, ha negado la posibilidad de siquiera emitir pronunciamiento de control sobre el contenido de lo decidido, cualquiera sea éste, calificar los criterios así estos pasen por pisotear el derecho aplicable al caso, revisar la juridicidad de lo decidido, controlar la motivación de derecho material o sustantivo del laudo, decir sobre las interpretaciones expuestas por el tribunal decisor.

Decreto Legislativo 1071.

Artículo 62.- Recurso de anulación.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Disposiciones Complementarias.

DECIMO SEGUNDA. Acciones de garantía.

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.

Así tenemos otra descripción de este fenómeno autónomo pero con algunas características sui géneris dado que por un lado prohíbe la revisión de la debida motivación del Laudo Arbitral sin embargo por otro lado deja expedita una vía judicial específica y satisfactoria para defender cualquier derecho constitucional vulnerado. En particular para el arbitramento de los intereses del estado peruano, esto resulta de importante interés.

4.1.8 RESUMEN DESCRIPTIVO DE LAS CARACTERÍSTICAS ARBITRAJE QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS CONTRACTUALES DEL ESTADO PARUANO.

Como síntesis de este apartado expongo que las características del arbitraje que resuelve los conflictos contractuales del estado peruano, tiene las siguientes características:

El arbitraje peruano goza de reconocimiento constitucional como un equivalente jurisdiccional de excepción paralela y privada, así como de algunas de las características que le son exigibles a toda jurisdicción y como consecuencia de ello, también le es atribuible los principios constitucionales aplicables a todo proceso que imparta justicia en derecho.

El arbitraje peruano es activado mediante un acto negocial denominado convenio arbitral insito en las cláusulas arbitrales, que subyace su naturaleza contractual -fundante en el principio de la autonomía de la voluntad de raigambre también constitucional-, en materia de las Contrataciones del Estado,

El arbitraje peruano que resuelve los conflictos de las contrataciones del estado, es un arbitraje forzoso u obligatorio¹²¹, dado que mediante el Dec. Leg No 1017 ha optado por restringir la libertad contractual de elegir a las partes la vía judicial o arbitral por las cuales deseen evacuar su conflicto de intereses devenidos de los contratos con el Estado.

El Decreto Legislativo No1071, Ley que Norma el Arbitraje, constituye un plexo de normas jurídico procesales, pues regulan la organización, funcionamiento, competencia, formalidades y actuaciones de las partes en contienda, de los árbitros decisores es decir, los procedimientos útiles para la obtención del laudo arbitral que decidirá conforme a derecho, en la administración de justicia.

El arbitraje peruano en materia de contrataciones del estado, respecto de la materia arbitral, decide sobre los fondos que solventan las obras públicas, bienes y servicios que contrata el Estado, es decir que las decisiones arbitrales recaen sobre patrimonio donde están involucrados los fondos públicos y patrimonio que importa al interés social, y que comporta la zona crítica de la administración pública.

El arbitraje peruano que resuelve sobre los conflictos devenidos de las contrataciones del estado, es un arbitraje de derecho, y el derecho aplicado al fondo del asunto, debe observar la Constitución Política del Perú, la Ley de contrataciones del estado y su reglamento por ser la norma especial, y luego las normas de derecho público y las de derecho privado que les sea aplicable,

¹²¹ CHANAMÉ, Raúl y VERÁSTEGUI, Simón (2012), *Arbitraje y Constitución*. Perú, Mario Castillo Fryre Editor Pg 95, el profesor distingue “Según su origen el arbitraje se clasifica en arbitraje voluntario y arbitraje forzoso o legal. En cuanto al primero, éste es aquél escogido de forma autónoma por las partes que se lleva a cabo por la suscripción espontánea de un pacto arbitral en cualquier época, incluyendo una vez suscitada la diferencia para poder resolver conflictos presentes o futuros (...) En cuanto al arbitraje forzoso o legal, éste tiene carácter obligatorio originándose en la misma ley, ya que el compromiso arbitral es exigible en virtud de una disposición de la ley o de un convenio anterior.”

manteniendo tal orden de prelación al momento de atribuir el derecho objetivo al caso concreto.

El arbitraje de derecho en materia de contrataciones del estado peruano, es motivado, decidiendo sobre el fondo conforme a derecho, y con aplicación de la constitución política del Perú, de la ley de contrataciones por ser la ley especial y las normas de derecho público y privado.

El laudo arbitral de derecho, que resuelve sobre las contrataciones del estado peruano, es irrevisable e incontrolable sobre la motivación fáctica y jurídica aplicable a los casos concretos así como sobre el fondo de la controversia.

4.2 DESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO EN EL PERÚ.

En este apartado se desarrollará las características del contrato de la administración pública para la adquisición de bienes, servicios y obras que suscribe el estado para satisfacer sus fines programáticos, contrato cuya descripción ayudará definitivamente a desentrañar la relación jurídica material, y el objeto de dicha relación que se desenvuelve en las contrataciones del estado peruano y que constituye la materia arbitral.

Una de las formas de manifestación del estado en la sociedad es a través del cumplimiento de sus funciones, legislativa, jurisdiccional, administrativa y especiales, de las cuales, la función administrativa se realiza para concretar los valores y fines programáticos que justifican la existencia de la sociedad misma. Siguiendo al profesor Ricardo Salazar Sanchez, una función administrativa para hacer realidad determinados valores que interesan a la sociedad dentro de sus alcances de poder, es producir los contratos de la administración pública, por

ejemplo para la adquisición de bienes, servicios y obras, que tienden a lograr metas para el desarrollo de infraestructura económica y social, desarrollo de la salud, transportes, educación, justicia, cultura, desarrollo de envergadura nacional, regional o local, sea el espacio o ámbito sobre el que actúa, todo contrato del estado significa estar en contacto con el poder¹⁴⁹ y ese poder del que goza el estado como una de las partes de un contrato, es lo que distingue a un contrato de la administración pública de cualquier otro de naturaleza privada.

4.2.1 CARACTERES ADMINISTRATIVOS Y DE PODER DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MATERIA DE LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO EN EL PERÚ.

Las partes del contrato de la administración pública son, el Estado y el Contratista (que en algunos casos puede ser también otra entidad del estado), habida cuenta que ya se ha descrito al Estado desde el cumplimiento de sus funciones administrativas como manifestación del poder, es necesario destacar y describir los alcances de ese poder frente al Contratista.

La característica principal de los contratos de la administración pública es que nos encontramos en contacto con el poder, quiere decir que estamos frente a la teoría de la voluntad social o contractualista donde el poder del estado emana del pueblo por el contrato social, poder otorgado por el convenio humano de renuncia de sus cuotas de libertad, convención que supone la renuncia de los intereses personales a cambio del bienestar y goce general, promoviendo y garantizando los intereses y fines de la colectividad, es por ello que en el contrato de la administración pública como ente de poder, lo ejerce estableciendo las

¹⁴⁹ En SALAZAR, Ricardo, *Introducción A La Contratación Estatal, Módulo 1*, curso de Gestión Estratégica de las Compras Públicas, promovido por el OSCE EDUCA [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf), el profesor Salazar Chavez escribe. *“Dentro del fenómeno del Poder, la Contratación Pública está contenida dentro*

de la Función Administrativa, como una de sus manifestaciones. En tal sentido, los principios esenciales del régimen contractual público deben ser coherentes con lo que la Constitución Política señala como finalidad del Poder.”

normas contractuales administrativas, que prevalecen sobre la voluntad del Contratista, dejándole un mínimo casi nulo margen de negociación ¹²² restringiéndosele según ley la libertad contractual.

El ejercicio del poder público del estado, manifiesto en el contrato de la administración, ha restringido la libertad contractual, esto es decir, aquella libertad de la persona de pactar o determinar el contenido del contrato, así entonces advertimos que de acuerdo a los límites de la contratación, el Estado, por consideraciones de interés social, público o ético ha impuesto reglas y limitaciones al contenido del contrato de la administración pública, esta razón justificadora de las restricciones establecidas encuentra espacio en el artículo 1357 del código civil, otro artículo que limita la libertad contractual por razones de interés público es el artículo 1357 donde señala que por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato, tales artículos que regulan el contrato en el código civil, refieren sobre excepciones justificadas a la libertad contractual, para dar paso a la protección o garantía del interés social y como se ha advertido, el objeto del contrato de la administración tiene que ver con las prestaciones con las que el estado pretende cumplir sus fines programáticos con fondos públicos, esto importa

¹²² En SALAZAR, Ricardo, **Introducción A La Contratación Estatal, Módulo 1**), curso de Gestión Estratégica de las Compras Públicas, promovido por el OSCE EDUCA [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf). Pg 24, el profesor señala que *“En el ámbito de la contratación administrativa, el contenido de los contratos es determinado fundamentalmente por la Administración Pública a través de parámetros dentro de los cuales se formará el contenido del contrato; normalmente ciñéndose a normas especiales y con un mínimo margen de negociación (...) En cuanto a la obligatoriedad de las normas de contratación, según el artículo 1356º del Código Civil, las disposiciones de la ley sobre contratos, son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas; confirmando con ello la prioridad otorgada a la libre voluntad de las partes en la contratación privada. En cambio, en los Contratos de la Administración Pública, el principio es el contrario; pues la casi totalidad de las normas contractuales administrativas tienen carácter imperativo y sólo por excepción la voluntad de las partes prevalece respecto de tales normas.”*

un claro interés social y supone un tratamiento de rigor público y de ejercicio del poder del estado que pesa sobre la formación, negociación y perfeccionamiento del contrato ejemplo de ello tenemos que el Contratista tiene un mínimo margen de negociación en la formación del contrato y sus cláusulas, ejemplo de ello es la anulación de la voluntad pactar la cláusula arbitral donde ésta viene impuesta por Ley.

Se concluye así que el contrato de la administración pública, ha restringido la libertad contractual por razones que la Ley prevé en favor del interés social y por políticas de estado, no obstante ello, lo cierto es que al restringir tal libertad, el contrato de la administración pública anuló la libertad de elegir la jurisdicción judicial o arbitral para la solución de los conflictos derivados de las contrataciones del estado, habida cuenta que la cláusula arbitral viene impuesta por ley configurándose lo que la doctrina ha sido pacífica en llamar arbitraje forzoso u obligatorio.

4.2.2 LAS PARTES O LOS CENTRO DE INTERÉS DE LA RELACIÓN JURIDICA CONTRACTUAL CON EL ESTADO.

El contrato de la administración pública, para la adquisición de bienes servicios y obras, se postula como un acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones en al ámbito patrimonial, y donde una de las partes es una entidad de la administración pública, es decir que se encuentra presente el Estado mismo, decidiendo sobre la utilización de recursos públicos, en ejercicio de la función administrativa, y ejerciendo su poder, decide o regula las condiciones a que somete sus relaciones contractuales a la otra parte que es el contratista.

Continuando y manifestando nuestra inclinación con las enseñanzas del profesor Ricardo Salazar, reconocemos que la contratación pública en materia de bienes servicios y obras, se debe armonizar los centros de interés directos involucrados en esta relación contractual, así como con la misma importancia, los

intereses indirectos pero inmediatamente conexos con los fines que persigue las contrataciones del estado. Así tenemos:

Centros de interés vinculados directamente como partes directas de la relación contractual:

- 1) **La Entidad Pública que Contrata.-** El Estado¹²³, quien concentra su interés en al alcance de sus propias metas institucionales, y obtener bienes, servicios y obras de mayor calidad posible para el uso óptimo de los fondos públicos, al ostentar la parte fuerte de la relación, impone sus condiciones garantías y protecciones.

- 2) **El Proveedor que Contrata.-** Los contratistas concentran su interés, en la seguridad de su inversión, en el cumplimiento de sus obligaciones sea por vocación o por coacción sancionatoria del que son pasibles, en la obtención del pago y utilidades legítimas por sus prestaciones al estado, se reconoce parte débil de la contratación ante el poder, procura la protección a sus derechos como contratista

A Continuación se enumera los Intereses mediatos involucrados en las contrataciones del estado que no participan directamente de la relación contractual:

¹²³ En García, VICTOR (2014) **Teoría del Estado y Derecho Constitucional**, Lima Adrus D&L Editores SAC. Cuarta Edición. Pg66. una conceptualización del estado pertinente al tema que abordamos lo ha planteado el profesor García Toma para quien el Estado, *“es una sociedad política, autónoma y organizada para estructurar la convivencia en razón de que se trata de un conjunto permanente de personas que se relacionan por la necesidad de satisfacer imperativos afines de supervivencia y progreso común. Para ello requiere de un sistema de relaciones coexistentiales dotado de fuerza social y basado en una relación jerárquica: gobernantes gobernados.”*

- 3) **Los destinatario o beneficiarios.-** estos destinatarios de los bienes, servicios y obras objeto del contrato, recaen sobre la propia entidad convocante, pueden ser otras entidades públicas, así como puede recaer sobre una población o grupo social determinado, por lo que atendiendo a los fines de la contratación, este tiene que satisfacer el interés del beneficiario final pues es el área usuaria la que da la conformidad.

- 4) **El sector público en general.** “El Sector Público en general, a través de las instancias integradoras de las acciones de Gobierno como son la Presidencia del Consejo de Ministros y las entidades centrales de los Sistemas Administrativos, tienen interés expresado en la necesidad de hacer realidad las metas y objetivos de la Modernización del Estado”¹²⁴

4.2.3 EL OBJETO DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, IMPORTA AL INTERÉS SOCIAL Y DECIDE SOBRE RECURSOS DEL ESTADO.

En apartado ha tomado como fuente principal, las consideraciones y desarrollos capacitadores del OSCE, Organismo Supervisor De Las Contrataciones Del Estado, en materia de los contratos de la administración pública, para trabajar conceptos operativos acorde a los compartidos por los organismos del estado involucrados con la jurisdicción arbitral que resolverá sobre las prestaciones, de bienes servicios y obras del contrato de la administración pública, objeto de estudio.

Descrito el contrato de la administración pública para la adquisición de bienes, servicios y obras, como el acuerdo de voluntad de dos o más sujetos de

¹²⁴ En SALAZAR, Ricardo, **La Contratación De La Administración Pública En Función A Los Intereses Involucrados En Cada Contrato, publicado por la facultad de derecho de la PUCP. 2008, en la página virtual** <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/09/10/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato/>

derecho, donde al menos una de las partes es una Entidad de la administración pública, que fija las condiciones y presta los procedimientos contractuales para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial que son solventados con fondos públicos es decir con recursos del estado. En este concepto, es preciso considerar que los fines de la función administrativa del estado en materia contractual, consiste en lograr la concreción de los fines programáticos de la política pública, a través de las adquisiciones.

Ahora bien, el objeto de todo Contrato constituye el cumplimiento de las prestaciones debidas, que como hemos señalado pueden ser la provisión de bienes, prestación de algún servicio personal, profesional o especializado, y la ejecución de obras, prestaciones que tienen por finalidad (recalcamos) cumplir con los fines programáticos de las políticas públicas para satisfacer necesidades de justificación operativa de la propia entidad o necesidades sociales como realización de los programas y prioridades del estado¹⁵³. Definidas así las prestaciones en materia de adquisiciones del estado, se advierte que las prestaciones a cargo del contratista tiene una finalidad pública definida y tal prestación importa al interés público por la función satisfactoria que cumple y por fines con su realización que se persigue, por lo que el contratista se erige como un aliado para el cumplimiento de aquellas metas y fines establecidos por la teleología contractual de las adquisiciones del estado¹⁵⁴.

¹⁵³ En SALAZAR, Ricardo, **Introducción A La Contratación Estatal, Módulo 1), curso de Gestión Estratégica de las Compras Públicas, promovido por el OSCE EDUCA [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf), Pg.29.** el profesor **capacita** “Es importante destacar que la Contratación Pública no sólo compromete el interés de cada entidad pública contratante con el interés de cada persona privada o entidad pública que contrata con ella; pues la realidad demuestra que los contratos de la Administración Pública, en tanto que implican la aplicación de fondos y recursos públicos para el cumplimiento de políticas públicas, impactan en diferente actores, cada uno de los cuales tiene un propio centro de interés.”

¹⁵⁴ En SALAZAR, Ricardo, **Introducción A La Contratación Estatal, Módulo 1), curso de Gestión Estratégica de las Compras Públicas, promovido por el OSCE EDUCA [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf),Pg26** *considerando que*

la Función Administrativa consiste en la concreción de los fines del Poder, resulta lógico que determinada actividad de concreción como es la Contratación Administrativa, implique la celebración de contratos sobre cuanto objeto contractual sea necesario para el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, sin limitación alguna, pues múltiples son los propósitos específicos cuando ella ejerce la Función Administrativa.

En resumen, dada las características particulares del objeto prestacional de las contrataciones y adquisiciones del estado, está claro que importa al interés social pues apunta a la satisfacción de las metas programáticas del estado, o el cumplimiento de los fines de la política pública por lo que desde el lado de las prestaciones del contratista queda justificada su vinculación irrefragable con el interés social, y por otro lado, desde el análisis de la contraprestación a cargo del Estado, queda claro también que importa al interés social pues se trata de la disposición de los fondos públicos¹²⁵, esto es, el destino de los recursos del estado, por lo que nos encontramos en la zona crítica de la administración pública donde es menester la fiscalización constante del destino de los fondos públicos así como su protección contra la corrupción que también constituye principio de las contrataciones y adquisiciones del estado y política de estado fiscalizador y contralor.

¹²⁵ **SALAZAR, Ricardo Pg 32** *Por lo tanto, cuando se habla de los contratos públicos tiene que hablarse de todo este grupo de interesados. No se puede legislar únicamente pensando en la relación entre la entidad contratante y el contratista; hay que pensar en los efectos de cada artículo respecto de la ciudadanía, respecto del destinatario, respecto de la gestión pública, respecto del sector privado, respecto del control, respecto de la lucha anticorrupción, respecto del mejoramiento continuo del sistema, respecto de cada actor y centro de interés.*

4.3 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.

Partimos citando a nuestro máximo interprete constitucional, donde señala que “*Estado de Derecho, no es sino la vigencia real y efectiva del derecho en la sociedad, en donde las conductas tanto públicas como privadas se someten a la norma jurídica*”¹²⁶, esta expresión deja diáfano el criterio que exige que el Estado mismo, en todas sus manifestaciones (la que incluye aquella expresión de poder a través de la función pública contractual, que dispone de fondos públicos para sus adquisiciones) debe someterse a la norma jurídica que será el único vector directriz de legitimación de sus conductas, de ahí que en un Estado de Derecho, tanto como el propio Estado así como sus conflictos patrimoniales, están supeditados a derecho, también en un estado de derecho, los privados actuando en defensa de sus intereses o impartiendo decisiones sobre los intereses del estado, están supeditados al derecho objetivo vigente.

¹²⁶ En GARCÍA, Victor Teoría (2014) del Estado y Derecho Constitucional, Lima Adrus D&L Editores SAC. Cuarta Edición.pg 158.

Siguiendo a García Toma, el Estado de Derecho, “*alude a aquella forma de convivencia política dentro de la cual el poder estatal se encuentra sometido a un sistema de normas jurídicas; es decir, denota el estado sometido y regulado por el derecho.*”, nuevamente tenemos una definición donde explica que lo que guía al poder estatal, -y como hemos visto la manifestación del poder del estado se traduce en sus funciones entre las que está la administrativa pública en materia contractual- es el deber de encontrarse sometido y regulado por el derecho, y como se ha desarrollado, al decir derecho, nos referimos al Derecho positivado o puesto, legítimo, material y formal, vigente y coercitivo el que realiza y confirma la vigencia de la norma jurídica para lograr los fines de la política, esta concepción supone un Estado de Derecho, lo que está orientado por nuestra norma normarum en los siguientes artículos:

Constitución política del Perú.

Artículo 38 .- Defensa de la constitución.

Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 51.- jerarquía de normas

La constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del estado.

Dado que el derecho constituye el plexo de normas jurídicas positivas vigentes, legítimas, coercitivas y útiles para regular la conducta del Estado y los privados, acorde a los valores instaurados por la política, repasamos lo desarrollado en el apartado de la jerarquía de las normas, y así obtenemos que las normas positivas, gozan de un orden jerárquico, donde prima las normas y principios constitucionales que orientarán, inspirarán y son el vector directriz de todo el ordenamiento jurídico y toda norma legal que se pretenda legítima, éste razonamiento es seguro para ingresar al tema del estado de derecho constitucional.

El Dr. Miquelangelo Bovero considera que el “Estado Constitucional” es un concepto que va mucho más allá de un Estado en el que está vigente una Constitución, un país donde goce vigencia una carta política no exige suponer necesariamente que se califique de “Estado Constitucional”, sin embargo Constitución, en un sentido más extendido, da cuenta de la existencia de una estructura del organismo político de un determinado Estado, esto implica la existencia de un diseño y organización de separación de poderes de decisión colectiva de una comunidad, tal es así como lo desarrolla el profesor Manuel Atienza, “*la Constitución supone dos requisitos más: una declaración de derechos y una organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes.*”¹²⁷ Destacando además que el concepto de un estado constitucional

¹²⁷ En ATIENZA, Manuel (2003) *Argumentación Y Constitución*, el profesor Manuel Atienza escribe “Desde esta última fecha habríamos asistido a un fenómeno de cambio progresivo de los sistemas jurídicos al que a veces se denomina “constitucionalización”. Según Guastini [2003], un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de los Estados constitucionales) se caracterizaría por una Constitución extremadamente “invasora”, **capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable.** El máximo de intensidad lo alcanzaría -siempre según Guastini- un ordenamiento que cumpliera las siete siguientes condiciones, las cuales -o al menos muchas de ellas- se pueden dar también en mayor o menor grado: 1) Constitución rígida; 2) garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) fuerza vinculante de la Constitución; 4) “sobreinterpretación” de la Constitución; 5) interpretación conforme de las leyes; 6) aplicación directa de las normas constitucionales; 7) influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf.”

(La negrita es nuestra)

no es una calificación que implique los extremos de existencia o no de dicho estado en un país por las características que ostente, ya que “estado constitucional” constituye un fenómeno que se construye gradualmente, por ello es menester y ambicioso medirlo con una óptica de mayor volumen de sensibilidad de sus manifestaciones, porque el Estado tienda con mayor seguridad a alcanzar calificación y legitimación de ser llamado Estado Constitucional.

El estado de derecho deduce predictibilidad de las conductas de los poderes públicos y los privados, ante los supuestos que han sido previamente regulados por el derecho constitucional que informa y orienta todo el ordenamiento jurídico, y que consolida la interdicción de cualquier forma de arbitrariedad tal como lo sentencia nuestro Tribunal Constitucional en el Expediente 006-2002-AITC.

“La seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano el cual ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho”

El profesor Marcial Rubio Correa, a cuyas conclusiones nos adscribimos, razona respecto del Estado de Derecho que *“a nuestro entender, el Estado de Derecho no es un principio sino, más bien como una manera de comportarse de la autoridad. La expresión quiere decir que el poder público respeta la legalidad existente. Por tanto. Es una calificación que se funda en que el derecho imperativo debe ser cumplido.”*¹²⁸.

El Estado de Derecho sugiere la interdicción de la Arbitrariedad, en este sentido el apego de las conductas de la autoridad y de los privados a las normas jurídicas impuestas, importa sujeción y orden, ya que el establecimiento de reglas

¹²⁸ RUBIO, Marcial (2011) *El Estado Peruano Según La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional, Fondo Editorial De La Pontificia Universidad Católica Del Perú Lima Segunda Edición.pg.72*

de coexistencia y convivencia han sido dictadas obedeciendo a la regularidad formal de su dictado que constituye el derecho y al que todos le deben respeto, cualquier acto o conducta del poder directo o delegado, que contradiga las normas jurídicas en un contexto de sujeción¹⁵⁹, se encuentra prohibido y el estado responde con sus propios mecanismos para reprimir y neutralizar el abuso y la arbitrariedad extraña al derecho, así tenemos también que las decisiones que deben dictar el derecho vigente y se alejan de él, en un Estado de derecho es inconcebible pues le incide contraviniéndola, el derecho es dictado conforme a derecho.

Nuestro Tribunal Constitucional sobre el estado de derecho que importa una garantía para la interdicción de la Arbitrariedad que se produce como sinónimo de injusticia material, ha explicado su posición recaída en el expediente 11092002-AA-TC, donde deja establecido:

“De allí que desde el principio del estado de derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.

¹⁵⁹ En GARCÍA, Victor (2014) **Teoría del Estado y Derecho Constitucional**, Lima Adrus D&L Editores SAC. Cuarta Edición.pg 158., El profesor expone una caracterización importante respecto de la arbitrariedad en un estado de derecho: y señala que la arbitrariedad *“no es sinónimo de injusticia -calificación que constituye un juicio de Valor sobre lo que una norma dispone-sino que expresa la característica de un mandato formalmente negador de lo legal.*

*La arbitrariedad presenta las tres características siguientes: a)
Retrasan toda la regulación normativa.*

b) Proviene de una autoridad máxima (por lo cual no es susceptible de reparación)

c) Expresa una determinación personal y subjetiva.

La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder público, con un mero acto de fuerza salta por encima de lo que dispone la constitución y la ley para un caso concreto. En cambio, el mandato jurídico es el fundado en normas o criterios objetivos, que tiene validez para todos los casos iguales que se presenten. Es característico del derecho el constituir un ordenamiento o regula, inviolable y estable, que afecta por igual al suscrito y al gobernante. Esta característica se ve afectada por la arbitrariedad(...)"

b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad."

Para concluir con este apartado queda señalar que el Estado de Derecho es aquella institución social donde existe una sujeción del Estado al derecho vigente, que respeta y se somete a ese conjunto de normas jurídicas en la que tanto los privados y principalmente el Estado mismo le deben obediencia y aplicación, en consecuencia importa la interdicción de la arbitrariedad para imponer el derecho sobre el arbitrio que lo pudiera rebasar. En estos términos, toda autoridad debe observar las normas jurídicas y aplicarlas en el ejercicio de sus funciones y decisiones para superar la arbitrariedad que es el reverso de la justicia y el derecho.

4.4 LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES, ADMINISTRATIVAS Y DE CONFLICTOS ENTRE PRIVADOS Y SU DESARROLLO CONSTITUCIONAL.

El artículo 139^o, *inciso* 3 y 5 de la Constitución establece como principios rectores de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional tanto así como la garantías de la debida motivación de las resoluciones judiciales, de modo tal que cuando los órganos investidos de autoridad o legitimidad para resolver conflictos aplicando el derecho que importa actividad jurisdiccional, está obligado a observar los principios orientadores e informadores de la actividad jurisdiccional además de los derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas, así tenemos:

Constitución Política del Perú:

Artículo 139.- *Son principios de la función jurisdiccional:*

3) *La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.*

5) *La motivación escrita de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*

Artículo 142.- *No son revisables en sede judicial las resoluciones del jurado nacional de elecciones en materia electoral, ni las del concejo nacional de la magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.*

Consecuentemente tenemos la irrefragable necesidad de que las resoluciones que dictan derecho deban ser motivadas, responde a un principio que informa e integra (resaltamos y repetimos) el ejercicio de la función jurisdiccional además de constituir un derecho fundamental de naturaleza constitucional de los justiciables. Mediante la motivación, que garantiza la aplicación del derecho vigente en conformidad con la Constitución y las leyes tal como lo exige los artículos 45º, 138º de la Constitución y 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En correlato a los derechos humanos, es pertinente citar:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 8° *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la Ley.”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-9/87. (Citada en el EXP N° 1941-2002-AATC)

“(…) Artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley”.

La motivación de las resoluciones judiciales, administrativas y de conflictos entre privados, constituye una garantía constitucional de los individuos frente al poder estatal, representa la tutela de la persona frente a la manifestación de poder del estado ejercido a través de la jurisdicción, constituye un criterio definitorio y diferenciador entre la racionalidad jurídica frente a la arbitrariedad, así nuestro máximo intérprete constitucional ha dejado establecido el criterio unificador respecto de la extensión del derecho a la debida motivación que no solo alcanza a las resoluciones judiciales sino también que es aplicable a los conflictos entre privados donde se encuentra el Arbitraje de Derecho.

Sentencia del Tribunal Constitucional, **EXP. N.º 03891-2011-PA/TC**:

“Como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal en más de una oportunidad, el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3º de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.”

En el mismo sentido citamos la **STC 8495-2006-PA/TC**:

*“El fundamento principal por el que se habla de debido proceso administrativo, encuentra su sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculadas a la Constitución Política del Estado, de modo que si ésta resuelve asuntos de interés para los administrados, y lo hace a través de procedimientos internos, **no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.**”*

Es clarificadora del mismo criterio la **STC Exp. N° 1412-2007-PA/TC fundamentos 8 y 17**:

“El derecho fundamental al debido proceso y su correlato: La motivación de las resoluciones. 8.- Como ya lo ha expresado el Tribunal Constitucional en abundante y sostenida jurisprudencia el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, en cuyo seno se alberga los actos administrativos, a fin de que las personas estén en la posibilidad de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado o de los particulares que pueda afectarlos. Queda claro, entonces, que la cláusula fundamental contenida en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, no es “patrimonio” exclusivo de los procesos jurisdiccionales, sino que el respeto del contenido del debido proceso se hace extensivo a los procesos administrativos públicos (como es el caso de autos) o privados.”

La garantía constitucional de la motivación. 17.- La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3º y 43º de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso.

En el mismo correlato citamos la **STC Exp. N° 01412-2007-PA/TC:**

En tal sentido, todo acto que esté orientado a menoscabar aquellos valores superiores contenidos en la Constitución, vengán estos de particulares o de parte del Estado están proscritos por la Constitución Política del Perú, pues atentarían contra aquel orden de los valores.

Sentencia del Tribunal Constitucional, **EXP. N.º 03891-2011-P/TC**:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que la administración exprese las razones o justificaciones objetivas que la lleva a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. En todo Estado constitucional y democrático de Derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional– es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

De la lectura de lo señalado por el Tribunal Constitucional que es tomado indiscutiblemente como el desarrollo del contenido del derecho constitucional a la debido proceso y a la tutela jurisdiccional, se desprende entonces la defensa y garantía del derecho a la debida motivación cuya tutela implica la existencia de los principios que fundamentan un Estado Constitucional de Derecho, donde las

decisiones de derecho que carezcan de una motivación jurídica y fáctica, constituirá una decisión arbitraria y tal como se ha desarrollado páginas atrás, el Estado Constitucional De Derecho, importa “*que el poder público respeta la legalidad existente. Por tanto. Es una calificación que se funda en que el derecho imperativo debe ser cumplido*” y este apotegma aplicado al tema de la tesis, pasa solo si las resoluciones de derecho del fuero arbitral, que recaen sobre los conflictos del estado y sobre los derechos de las personas, han pasado por la garantía del control de la debida motivación.

4.4.1 SUPUESTOS DE RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL AL DERECHO A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, Y SU TRATAMIENTO DOCTRINARIO RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES ARBITRALES EN MATERIA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

La importancia de tratar este apartado radica en conocer el tratamiento que la Dogmática Constitucional ha consagrado en torno a la protección del derecho Constitucional de la debida motivación incluso frente a la restricción que la propia carta política instauró sobre el control o revisión judicial de las Resoluciones del JNE y las del CNM, eso es útil para analizar su tratamiento y comparar -bajo el brocardo “a maiori ad minus”- respecto de la restricción de la revisión judicial de los Laudos de Derecho que resuelven sobre las contrataciones del estado.

Nuestra *norma normarum* no ha exceptuado a las resoluciones arbitrales de derecho de la revisión Judicial, pues el Artículo 142° de la Constitución Política ha establecido que no son revisables (a número cláusis) en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y del Concejo Nacional de la magistratura, esto demuestra que nada ha establecido respecto de la no revisión en sede judicial sobre las Resoluciones Definitivas de Derecho de la Jurisdicción Arbitral, de modo que si la Norma Normarum ha restringido la revisión judicial de dos entes del sistema estatal, no podría una norma de menor jerarquía, extender o insertar de contrabando la restricción de revisión judicial, a los LADCE, más aún porque la Norma Constitucional no ha previsto el alcance para los laudos de

derecho y menos para aquellos que decidirán sobre intereses sociales y fondos públicos.

Es el desarrollo jurisprudencial que da contenido a los principios y da una hermenéutica integradora a las reglas constitucionales, siendo esto así, citamos para mayor categoría del contenido del principio de la Debida Motivación, en las resoluciones del Tribunal Constitucional al respecto.

EXP. N.º 1941-2002-AA/TC LIMA

En consecuencia, la limitación contenida en el artículo 142.º de la Constitución no puede entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de manera inconstitucional, ya que ello supondría tanto como que se proclamase que, en el Estado Constitucional de Derecho, el texto supremo puede ser rebasado o afectado y que, contra ello, no exista control jurídico alguno (Caso Expediente N.º 24092002-AA/TC). La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.

De la lectura tomada a la Resolución del TC, está claro que recoge la intolerancia prescrita en nuestros tratados internacionales de suprimir, limitar o prohibir, el goce y ejercicio de nuestros derechos y libertades donde se encuentra, el derecho constitucional a la debida motivación, pues lo contrario significaría establecer una zona invulnerable que resista y niegue la constitucionalidad y defensa del derecho a la motivación.

EXP. N.º 2409-2002-AA/TC

b. Con relación a los derechos humanos, cabe señalar que el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...). Igualmente, el artículo 25.° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece (...).

En ese sentido, es pertinente recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aplicación de lo establecido en el artículo 29.° de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que no es admisible que ningún Estado Parte suprima o limite el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la referida Convención.

En dicho contexto, si este Tribunal estima que una situación como la descrita viene aconteciendo, puede, como lo hace ahora, ingresar a evaluar el tema de fondo sin que, como contrapartida, pueda alegarse ningún tipo de zona invulnerable a la defensa de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos.

Nuestro máximo intérprete ha sentado jurisprudencia sentenciando que incluso la limitación constitucional de la revisión judicial de las resoluciones del JNE y CNM, no debería interpretarse como un excepto de inmunidad que se ejerza de manera inconstitucional, pues ello devendría en desmedro el Estado Constitucional de Derecho, pues nuestro TC, entiende que la validez de los actos del poder depende de su conformidad con la Constitución y los derechos y principios consagrados.

EXP. N.° 2366-2003-AA/TC

(...)En efecto, aun cuando de los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, se desprende que en materia electoral no cabe revisión judicial de las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, y que tal organismo representa la última

instancia en tal asunto, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto y en cuanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o, lo que es lo mismo, compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. (...)

En un contexto como el anteriormente descrito queda absolutamente claro que, cuando resoluciones como las emitidas en sede judicial, pretenden apoyarse en un criterio consistente en una ausencia de mecanismos de control o fiscalización jurisdiccional, se incurre en una lectura no sólo sesgada sino unilateral de la Constitución, porque se pretende adscribir los organismos electorales a una concepción de autarquía funcional opuesta a la finalidad de respeto a la persona que, desde una perspectiva integral, postula la misma Norma Fundamental. Como ya se ha enfatizado en otro momento, no pueden admitirse como razonables o coherentes interpretaciones tendientes a convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones conferidas a los órganos públicos, puesto que un Estado sólo puede predicarse como de Derecho cuando los poderes constituidos no sólo se desenvuelvan con autonomía en el ejercicio de sus competencias, sino que, sobre todo, respeten plenamente y en toda circunstancia los límites y restricciones funcionales que la misma Carta establece, sea reconociendo derechos elementales, sea observando los principios esenciales que, desde el Texto Fundamental, informan la totalidad del ordenamiento jurídico.

In claris non fit interpreteatio.

Nuestro máximo intérprete deja consolidada la interpretación que prima el derecho a la debida motivación, de las resoluciones, y su revisión, sobre limitaciones que la propia Carta Política establece, manifiesta con claridad que el ejercicio de cualquier restricción que afecte derechos constitucionales, será

reconocida su legitimidad siempre y cuando respete el conjunto de valores y derechos fundamentales del ciudadano como el de la tutela procesal efectiva, que como sabemos tiene por manifestación a la debida motivación, esto por un principio hermenéutico de integración, así se tiene que el derecho constitucional se encuentra por encima de las limitaciones que la propia carta política ha establecido, tal es así que aplicando el brocardo, “*a maiori ad minus*”, esto quiere decir que; si la limitación constitucional a la revisión judicial de ciertas resoluciones, no puede desconocer los derechos fundamentales como el derecho a la motivación, a fortiori, menos podrá desconocer el derecho a la motivación, las limitaciones establecidas por normas de menor jerarquía. Así tenemos:

EXP. N.º 5396-2005-PA/TC

No obstante, el último párrafo del artículo 103º de la Constitución establece que ésta no ampara el abuso del Derecho, por lo que tal ejercicio de poder será legítimo sólo en la medida que sea respetuoso de un conjunto de derechos mínimos del ciudadano, como son los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a la tutela procesal efectiva

4.5 LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL O REVISION DE LA MOTIVACIÓN JURÍDICA Y FÁCTICA DEL LAUDO ARBITRAL DE DERECHO QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (LADCE).

La Ley del arbitraje Peruano, Decreto Legislativo 1071, ha prescrito una prohibición expresa que pesa sobre la sala civil que conoce los recursos de anulación de los Laudos arbitrales de derecho que resuelven sobre los conflictos de las contrataciones del estado, norma que sometemos a descripción para su tratamiento en conjunto y sistemático respecto de las demás variables que concurren en el presente trabajo de investigación jurídica.

Decreto Legislativo N° 1071

Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación¹⁶⁰. 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 63¹⁶¹.

¹⁶⁰ Soto, Carlos. En <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-LeyPeruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf> Pg. 42, El profesor explica “*La actual Ley es categórica al señalar que el recurso de anulación del laudo es la vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo(décimo segunda disposición complementaria de la Ley), con lo cual excluye la posibilidad de acciones de amparo contra los laudos.*”

¹⁶¹ En el D. Leg N° 1071, que Norma el Arbitraje, Artículo 63, inciso 1. b), causales de anulación. El Laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación, alegue o pruebe: **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.**

En la Ley N° 26562, Ley general de Arbitraje, Artículo 73° inciso 2), Causales de anulación. El Laudo arbitral solo podrá ser anulado cuando la parte que alegue una causal, pruebe: **Que una de las partes no ha sido notificada de la designación de un árbitro o del desarrollo de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer su derecho de defensa.**

La Ley N° 26562, Anterior al D. LEg 1071, vigente había restringido como cusal para aquellos casos en que la parte no habría podido hacer valer su derecho de defensa, sin embargo la actual Ley,

ésta fue más allá y dejó establecida que esta causal ya no solo protegía la infracción al derecho de defensa sino a todos los derechos donde se encuentran los derechos constitucionales que pudieran ser vulnerados con la decisión. **(La negrita es nuestra)**

TERCERO.- Esta Sala Superior ha considerado en su práctica jurisdiccional que las demandas de Nulidad de Laudo Arbitral, sustentadas en supuestas afectaciones sufridas al debido proceso por la emisión de un laudo arbitral con motivación defectuosa, se encuentran subsumidas en la causal de nulidad prevista en el inciso 2º del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

SEXTO.- La Sala Por consiguiente, realizaba una interpretación amplia de los términos “derecho de defensa” a fin de casi identificarlo con el derecho a un debido proceso. Tal interpretación, si bien no era la más técnica, nos permitía realizar el control de afectaciones al derecho constitucional a una resolución debidamente motivada.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

4.5.1 ¿CONTRA QUIÉN ESTÁ DIRIGIDA LA PROHIBICIÓN DE LA REVISIÓN O CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE?

Precisamos en este apartado que ya que la Norma Procesal prohibitiva, no ha distinguido la aplicación de este Artículo para los Laudos de los distintos tipos y especialidades de arbitraje, nosotros no podemos distinguir donde la Ley no ha distinguido en consecuencia se asume que éste artículo en cuestión es de aplicación también para el LADCE.

La norma jurídica procesal en cuestión expresa que “El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse...”, este mandato dice prohibir

“pronunciarse”. En principio es necesario revisar quienes tienen facultad alguna de pronunciarse declarando la validez o nulidad del LADCE, así repasamos el Artículo 8° de la D. Leg. N°1071 donde señala en el Numeral 4) que “Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.”, por lo que resulta claro distinguir que quienes se encuentran competentes para conocer y pronunciarse declarando la validez o la nulidad del LADCE, son los magistrados de la sala subespecializada en lo comercial o los de la Sala Civil de las Cortes Superiores de Justicia del Perú, jueces del lugar donde se desarrolla el proceso de anulación del LADCE, entonces es sobre los magistrados descritos sobre quienes, bajo responsabilidad, pesa la prohibición.

4.5.2 LOS ALCANCES DE LA PROHIBICIÓN DE LA REVISIÓN O CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE.

La norma ha prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre:

- 1) El fondo de la controversia.
- 2) El contenido de la decisión.
- 3) La calificación de los criterios del tribunal arbitral.
- 4) Las motivaciones del tribunal arbitral.
- 5) Las interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

1) Respecto de la prohibición de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, es preciso señalar que el D.Leg N°1071 ha previsto como medio de impugnación para el control formal judicial del LADCE, el recurso de Anulación, el mismo que tiene causales taxativas en su Artículo 63° de ahí que se advierte la tesis autónoma para nuestro derecho arbitral que se distingue por no regular una causal de anulación

por laudo contrario al orden público, como sí existe en la Ley Modelo CNUDMI¹²⁹, y también en la Ley de Arbitraje español¹³⁰. Entonces habiendo regulado solo el recurso de anulación formal e incluso habiendo establecido causales tasadas, no existe posibilidad de ingresar al fondo de la controversia, ni revisar los fundamentos fácticos ni jurídicos del LADCE.

2) El contenido de la decisión del Árbitro está conformado por todo aquel razonamiento expuesto en el LADCE, de modo que cualquier cosa que haya sido expresado en el contenido de LADCE, sea conforme a Derecho o no, se ha prescrito la prohibición expresa bajo responsabilidad de los magistrados para abstenerse de pronunciarse sobre el contenido de los decidido por el Tribunal Arbitral.

3) También se ha prohibido calificar los criterios del tribunal arbitral, esto no significa otra cosa que el Tribunal Arbitral que conoce los conflictos del Estado donde resolverá sobre los intereses del estado y sobre los derechos del contratista, está blindado pues no existe habilitación en la vía de anulación que pueda revisarse los criterios cualquiera hayan sido estos, así hayan sido criterios extrajurídicos.

4) La norma en mención ha prohibido calificar las motivaciones del LADCE, es en este extremo donde nos detenemos y se advierte que la Norma no ha distinguido a que motivación se refiere, solo ha dejado

¹²⁹ Ley Modelo de la CNUDMI de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, en su Capítulo VII, sobre Impugnanación del Laudo, Artículo 34. 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: b) el tribunal compruebe: ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

¹³⁰ La Ley de Arbitraje Español, Artículo 41° Motivos, 1) El Laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue o pruebe: f) Que el Laudo es Contrario al Orden Público.

establecido que los magistrados que conocen de la anulación del LADCE, están prohibidos de calificar lo que implica revisar la motivación de la Resolución Arbitral Definitiva, en consecuencia es en este apartado donde se advierte la clamorosa afectación y contradicción con la obligación de motivar conforme a derecho las resoluciones jurisdiccionales.

5) Para cerrar este artículo también la norma jurídica procesal del arbitraje ha prohibido a los magistrados que conocen la anulación del LADCE, calificar las interpretaciones que haya realizado el tribunal arbitral, en este sentido, es preciso recordar que los órganos decisores que imparten derecho, valoran e interpretan los hechos así como también las normas aplicables al caso concreto, y en este ejercicio, los sujetos decisores pueden incurrir en errores de interpretación tanto de los hechos, como también del derecho aplicable al caso concreto, y si esto hubiere sucedido al momento de decidir sobre los intereses del estado y sobre los fondos públicos, afectando los intereses del estado o los derechos de los particulares que contratan con él, se ha prohibido la revisión o calificación de tales interpretaciones erróneas si lo hubieran.

4.5.3 LA PROHIBICIÓN DE LA REVISIÓN DE LA MOTIVACIÓN DE LOS LADCE EN EL PERÚ Y LA LIBERTAD DE CONTRATAR COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

La libertad de contratar insuflada en el principio de la autonomía de la voluntad, es un derecho constitucional, un derecho de libertad que importa el ejercicio de los derechos civiles del que goza la persona, por otro lado el derecho a una resolución motivada constituye un derecho social y también de reigrambre constitucional. Dejando de lado esta

jerarquía practicada por el profesor Ferrajoli, también es necesario realizar un análisis de ponderación de ambos derechos constitucionales.

Para que la autonomía de la voluntad cobre intensidad y fortaleza sobre otra norma también de rango constitucional es necesario someterla a revisar sus características y su formación, verificar la libertad y autonomía de voluntad ejercida para elegir al Arbitraje como medio de solución de conflictos para colegir de ella una renuncia o no al derecho fundamental de la debida motivación:

Partimos señalando lo que ya se ha advertido, que al ejercer la autonomía privada para elegir la vía arbitral o judicial como medio de solución de conflictos en las contrataciones del estado, no se ha desplegado tal libertad de elección, pues la cláusula arbitral ha sido impuesta en el contrato por Ley y por razones de política del estado, restringiendo en este extremo la libertad contractual pero dejando incólume la libertad de contratar, de este modo se deduce que la autonomía de la voluntad eleccionadora del arbitraje como vía de solución de conflictos habría sufrido una limitación, pues no se puede elegir cuando solo se tiene una sola alternativa por lo que ha quedado solo la posibilidad de aceptar la cláusula impuesta.

La autonomía de la voluntad reconocida como el interés jurídicamente tutelado, se ejerce como fenómeno negocial siempre y cuando no transgreda principios o normas del ordenamiento jurídico y los valores del sistema jurídico en general, entonces se obtiene que en materia de contrataciones del estado, donde se discuten intereses del estado así como recursos y fondos públicos, éstos al constituir bienes jurídicos protegidos y encontrarse en una zona crítica de la administración pública, no podría salirse del control jurídico de las resoluciones que

decidirán sobre su destino, por constituir materia no disponible. Sin embargo, la Ley la ha calificado como materia arbitrable, ello no significa que la haya calificado como materia de libre disposición, por no corresponder a su naturaleza, si ello es así, el objeto material de los conflictos llevados a sede arbitral, se encuentran bajo la categoría de no disponible por la voluntad de las partes, por responder a fondos públicos, por lo que la autonomía de decisión del árbitro privado, si bien la Ley lo habilita a decidir sobre la materia arbitral, éste no debe inobservar el derecho especial aplicable a los casos que conoce, entonces no opera su voluntad de decidir, sino el deber de decidir conforme al derecho al que se encuentra vinculado, por fuerza de la Constitución, y el blindaje a sus decisiones no solventan legitimidad por estar en contraste con una norma de mayor jerarquía.

Distinta situación es cuando los privados hayan pactado la sede arbitral para la solución de sus conflictos, y que al interior de los mismos se estén discutiendo intereses económicos de libre disposición que afecten la esfera solo de las partes en contienda, situación donde la autonomía de la voluntad opera con toda autonomía y legitimidad porque no afectaría valores protegidos por el ordenamiento jurídico en general, pues como sabemos los bienes del estado están protegidos y gozan de ser calificados como bienes jurídicamente tutelados por ejemplo en el desarrollo de la dogmática penal, razón por la cual la autonomía de la voluntad no podría desnaturalizar la protección de los intereses del estado calificándolo y decidiendo sobre ellos como bienes de libre disposición donde el sujeto decisor puede decidir sin control del derecho aplicable al caso decidido.

4.5.4 LA SUPUESTA RENUNCIA AL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN, SOMETIMIENTO DE LA POSTURA DEL PROFESOR ALFREDO BULLARD ANTE EL ANÁLISIS JURÍDICO CONSTITUCIONAL.

La voluntad es generadora de consecuencias jurídicas, de modo que su manifestación e interpretación es atendible no con libertad y alegría sino con seriedad y cuidado. Se ha pretendido insertar doctrinariamente un criterio justificativo a la prohibición legal de la revisión judicial del principio jurisdiccional de la debida motivación de los Laudos de Derecho que resuelven conflictos de las contrataciones del estado, sustentando que tal prohibición se justifica en una supuesta renuncia de las partes procesales del proceso arbitral, al derecho constitucional de la debida motivación, renuncia que suponen, se habría dado al momento de aceptar el arbitraje como medio de heterocomposición establecido para los conflictos contractuales del estado, este argumento de la doctrina debe ser pasado por el filtro metódico que soporte la sólida interpretación de la dogmática constitucional expuesta, y así se obtiene que no resiste la más mínima razón jurídica, pues la aceptación de evacuar a sede arbitral de derecho, un conflicto de intereses públicos y de recursos del estado, no supone necesariamente una renuncia a derechos constitucionales, pues una cosa es aceptar un procedimiento privado autorizado a dictar derecho y otra muy distinta es renunciar a un derecho fundamental que integra la jurisprudencia constitucional, ambos actos de voluntad no se encuentran conectados para deducir indubitablemente una renuncia expresa de derechos constitucionales, tal renuncia no podría deducirse alegremente del convenio arbitral, dado que el convenio al constituir un negocio jurídico, su interpretación se realiza vinculada y no discrecionalmente, de modo que no podemos deducir del convenio arbitral, voluntades (a las cuales se les atribuirá consecuencias jurídicas de renuncia de derechos constitucionales) que no se hallan expresadas en el convenio mismo.

Citamos la teoría practicada por el profesor Alfredo Bullard Gonzales:

*En esa línea, la práctica arbitral sugiere que usualmente las **partes preferirán una regla que no permita la revisión judicial** del fondo de la decisión, lo que significa **no entrar a revisar las motivaciones**. Por ello, no se puede leer el artículo 56 en el sentido que lo que las partes quieren es una motivación de determinada calidad. La práctica comercial sugiere que las partes prefieren la firmeza y seguridad de laudo que la adecuada motivación del mismo.¹³¹*

(La negrita es nuestra)

A tenor de lo supuesto por la teoría que sostiene que celebrar el convenio arbitral es renunciar al derecho a la debida motivación, es menester citar el Artículo 56° de la Ley de Arbitraje que dice “*todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto...*”. Tomada lectura de este artículo, lo que sí se puede desprender interpretativamente es que todos los Laudos Arbitrales deben ser motivados, a excepción de aquellos donde las partes hayan pactado que no sea motivado o cuando hayan llegado a una transacción. Sin embargo la teoría que supone una renuncia tácita a la motivación, parte por sugerir que el Artículo 56° precitado, no puede leerse *en el sentido que las partes quieren es una motivación de determinada calidad*, este argumento resulta falaz porque la norma jurídica no está dada para que de ella podamos colegir la voluntad de las personas a quienes va dirigida, esto es decir que de la norma jurídica no se puede interpretar lo que las partes sometidas a ella quieran o no, no se ha creado la técnica que pruebe que de una norma jurídica positiva se desprenda las voluntades de las personas a quienes va dirigida, de modo que no existiendo técnica hermenéutica alguna dentro de la disciplina del derecho que pueda comprobar que una norma dada, sugiera la voluntad de las personas sometidas a ella, se permite señalar que es todo lo contrario, dado que una vez celebrada la dación formal de una norma jurídica, esta rige vigencia para que obligue a las personas con fuerza vinculante

¹³¹ Bllard Alfredo, Op Cit. pp 625.

al margen de la voluntad de las personas sometidas a su obediencia, en todo caso, de la norma jurídica se puede colegir la voluntad y los valores que el ordinante o el estado representado ha querido plasmar, pero no la voluntad de las personas a quienes va dirigida, tal es así que si la norma jurídica que exige que “todo laudo deberá ser motivado,” salvo pacto en contrario, entonces esto debe de cumplirse sin necesidad de colegir la voluntad de las personas a quienes les alcanza el cumplimiento de la norma, lo contrario resultaría absurdo en lo teórico e irrealizable en lo pragmático. De modo que si las partes no han plasmado una manifestación de voluntad donde expresen renunciar al laudo motivado, opera el silencio en ese extremo y queda incólume la voluntad respecto de todas otras circunstancias no previstas, y respecto del silencio para el caso de no pactar la renuncia a un laudo motivado, la ley está habilitada para atribuirle una voluntad, según el Artículo 56° del Código Civil, “El silencio importa manifestación de voluntad solo cuando la Ley o el Convenio le Atribuyen ese significado”, y en el caso que ocupa a este apartado en efecto sucede así, pues ante una omisión o pacto que renuncia al Laudo motivado, se presume que las partes han optado por un laudo motivado en los propios términos del Artículo 56° de la Ley Arbitral.

En consecuencia queda claro que ante el silencio de las partes respecto de la motivación del Laudo, el artículo 56° de la Ley de Arbitraje le atribuye una voluntad presunta, que las partes quieren que el *Laudo deberá ser motivado*, esto aplicado al arbitraje de derecho que decide sobre las contrataciones del estado, debe leerse conjunta e integralmente con el artículo 57° de la Ley de Arbitraje que como normas aplicables al fondo de la controversia, señala que “en el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho”, y también en conjunto con el artículo 52° segundo párrafo de la Ley de Contrataciones del Estado, “*El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.*” Se obtiene como consecuencia de lo anterior que la tesis que

sostiene que las partes no quieren una motivación de calidad, es inaplicable e inaceptable a los casos del arbitraje en las contrataciones del estado.

Por otro lado la teoría de la supuesta renuncia tácita al derecho fundamental de la debida motivación, alega que “*la práctica arbitral sugiere que usualmente las **partes preferirán una regla que no permita la revisión judicial del fondo de la decisión***” En este contexto, dado que la voluntad es generadora de consecuencias jurídicas, su interpretación debe colegirse de las fuentes formales a ella, que son a decir, de la declaración expresa de la voluntad, de las conductas y circunstancias que envolvieron el negocio jurídico que pueda colegirse indubitadamente una voluntad tácita y de la ley cuando al silencio le atribuya voluntad ante los supuestos de hecho previstos por la norma jurídica; así tenemos entonces que las prácticas arbitrales o la estadística social de conducta de las personas, no constituye fuente formal de la que se pueda colegir una voluntad donde las partes prefieren la regla que no permita la revisión judicial de los Laudos arbitrales. Por lo demás interpretar extrajurídicamente una voluntad de renuncia a un derecho fundamental, resulta contraria al ordenamiento jurídico y a la constitución.

La teoría de la supuesta renuncia a la motivación, ha sostenido que:

La autonomía de la voluntad, concreta y expresada en el convenio, es más fuerte incluso, que un supuesto derecho de defensa abstracto y teórico, al que las partes han renunciado, al haber escogido un sistema de solución de controversias que implica la renuncia a la apelación.¹³²

¹³² En Bullard, Alfredo. Comentarios a la ley peruana de arbitraje tomó dos Instituto peruano de arbitraje, Pg. 626.

Esta postura que afirma enfáticamente que la autonomía de la voluntad expresada en el convenio arbitral, habría renunciado al derecho de defensa, porque el arbitraje no ha previsto la apelación como recurso impugnativo, también es otro argumento insolvente, en principio porque el derecho de defensa es irrenunciable y no depende de la parte decidir sobre él, pues constituye un principio de la función jurisdiccional, consagrado constitucionalmente en el Artículo 139° Inciso 14) donde señala que *la persona no puede ser privada del derecho de defensa en ningún estado del proceso*, tal como lo ya establecido en sendas resoluciones el Tribunal Constitucional¹³³, tenemos entonces bajo este análisis que el derecho de defensa es irrenunciable, pues está considerada como la fuente motriz de todo proceso jurisdiccional, constituye una garantía suprema pues sin él no estamos ante un proceso jurisdiccional que dicte derecho; lo que existe y sí se ha regulado en materia civil no es la renuncia a la defensa sino la declaración de rebeldía procesal ante supuestos de renuencia a comparecer o oponer la defensa oportunamente.

Por otro lado, dado el apego de la presente tesis a la teoría autónoma sobre el Arbitraje, es menester reflexionar que en efecto, este mecanismo alternativo de solución de conflictos, no ha previsto la apelación como recurso impugnativo, sin embargo, que éste no es la única vía donde se ejerce la revisión de la motivación de las resoluciones que dictan derecho, pues el Arbitraje ha regulado (en el marco de su autonomía peculiar) el recurso de Anulación como única vía de impugnación del Laudo Arbitral, y ha previsto como causal de anulación, la afectación de derechos cuando la parte *“alegue y pruebe que no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”*. En atención al principio *no distinguir donde la ley no distingue*, nos está vetado discriminar cuáles derechos solamente alcanza esta protección como causal, de modo que el derecho a la debida motivación del

¹³³ Exp. N° 3062-2006-PHC/TC, Donde nuestro máximo Intérprete de la Constitución, ha dejado claro que *“de ahí que el derecho de defensa sea, entre otros, una manifestación del derecho al debido proceso, derecho irrenunciable dado que la parte no puede decidir si se le concede o no la posibilidad de defenderse, e inalienable pues su titular no puede sustraerse a su ejercicio.”*

Laudo arbitral de derecho, se entiende contenido en la causal protectora, más aún cuando no se haya emitido expresamente la renuncia al laudo motivado.

También ha escrito la teoría en cuestión, lo siguiente:

“Con ello la norma rompe la idea, inspirada en una aproximación procesalista, que los laudos, como las sentencias, debe necesariamente ser motivados, y que la no motivación es una violación al derecho de defensa. En el arbitraje ello no es cierto, pues al admitirse que el laudo puede no estar motivado, se acepta que la omisión de la motivación no necesariamente viola los derechos de las partes y que, ocurrida dicha renuncia, no hay afectación al derecho de defensa.”¹³⁴

La Constitución ha consagrado el derecho de la motivación como derecho fundamental, el desarrollo jurisprudencial que da contenido al principio jurisdiccional de la motivación de las resoluciones también alcanzan a las resoluciones administrativas y a los conflictos entre privados donde se encuentran los Laudos Arbitrales, (siempre y cuando no se haya renunciado expresamente al laudo motivado) tal como se ha desarrollado páginas antes, de modo que no motivar debidamente y acorde al Derecho vigente un Laudo de Derecho que resuelva sobre intereses del estado, es contravenir los mandatos constitucionales, confrontando el derecho fundamental de las partes e inutilizando las normas materiales que rigen una sociedad y estado.

En otro apartado encontramos la siguiente alegación:

En segundo lugar, la norma en su párrafo 2 es muy clara, en parte categórica al indicar que “está prohibido bajo

¹³⁴ Bullard Alfredo, Op Cit. pp 614.

responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones por interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”. El carácter categórico y enfático se deriva de lenguaje usado, el uso reiterado de términos que son sinónimos, como no queriendo dejar lugar a dudas en lo que se quiere decir. Y eso fue el sentir de la Comisión cuando elaboró el proyecto. Así se dice que, en la vía de anulación no se puede revisar (1) el fondo (2) el contenido (3) los criterios (4) las motivaciones ni (5) las interpretaciones.¹³⁵

“... el deber de motivar contenido en el artículo 56° de la LA, se refiere simplemente a incluir una motivación, y no a asegurar una determinada calidad de la misma (...). Y por ello las motivaciones defectuosas, deficientes o aparentes, no permiten la revisión ni la anulación del laudo...”¹³⁶.

En efecto, eso dice el Artículo 62° de la Ley Arbitral en cuestión de ahí que tal regla aplicada a los conflictos derivados de las contrataciones del estado evacuados a sede arbitral donde se discuten intereses del estado, destino de fondos públicos y derechos fundamentales de las partes, es atentatoria contra el principio jurisdiccional de la debida motivación; es la no existencia en dicha regla de una salvedad o excepción que emane de la Ley, lo que la hace general y violatoria de derechos sustanciales. Por otro lado, señalar que el deber de motivar, en materia arbitral, se refiere a incluir una motivación cualquiera, que pueda ser defectuosa, aparente y deficiente sin posibilidad de revisión de dicho laudo arbitrario, es una alegación contra derecho e inconstitucional pues confronta sin respaldo jurídico, valores supremos reconocidos por nuestra Carta Política, pues

¹³⁵ Pg 622. Bullard Alfredo, Op Cit.

¹³⁶ En 627.

el Artículo 56° no dice lo que señala extendida y restrictivamente la teoría “renuncialista”.

La teoría en cuestión también sostuvo:

La autonomía de la voluntad, concreta y expresada en el convenio, es más fuerte incluso, que un supuesto derecho de defensa abstracto y teórico, al que las partes han renunciado, al haber escogido un sistema de solución de controversias que implica la renuncia a la apelación.¹³⁷

La autonomía de la voluntad, como ha tenido oportunidad de desarrollar nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02175-2011-PA/TC, constituye el fundamento del derecho a la libre contratación reconocida por nuestra Constitución en sus Artículos 2° Inciso 14), y 62°, y goza de doble contenido, a saber: 1) La Libertad de Contratar, que implica la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién contratar, y 2) La Libertad Contractual, que implica la facultad de decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato.

Tal como se ha desarrollado en capítulo aparte, la libertad contractual ha sido suprimida por razones de política contractual del estado y por virtud de la Ley de Contrataciones, ante razones de naturaleza social justificada, ello no enerva el hecho de que la autonomía de la voluntad ya no habría desplegado para el caso del convenio arbitral, la libertad de elegir la vía jurisdiccional, sino que ésta venía impuesta por Ley, entonces una de las manifestaciones de la autonomía de la voluntad, tal como lo ha desarrollado nuestro Tribunal Constitucional, no se encuentra presente en el arbitraje que conoce de los conflictos de las contrataciones del estado, sino solo la libertad de contratar. En este sentido es preciso realizar un análisis de *ponderación* de derechos, reglas y principios, para

¹³⁷ En Bullard, Alfredo. Comentarios a la ley peruana de arbitraje tomó dos Instituto peruano de arbitraje, Pg. 626.

ello utilizamos la distinción ensayada por el profesor iusfilósofo Luigi Ferrajoli, con el propósito de conceder la racionalidad jurídica al postulado que sostiene que “*La autonomía de la voluntad, concreta y expresada en el convenio, es más fuerte incluso, que un supuesto derecho de defensa abstracto y teórico*” entre los que sabemos advertir el Derecho a la Debida Motivación, éste último atendido por el profesor Ferrajoli, como un derecho social y primario, mientras que los derechos de libertad internos a la autonomía privada, o derechos civiles constituyen un derecho secundario, entonces fundado en estas razones es correcto aseverar que 1) la autonomía de la voluntad que participa en las contrataciones del estado, participa de manera incompleta y restringida, pues mediante Ley se ha suprimido la libertad contractual de elegir la vía jurisdiccional judicial o arbitral, quedando solo la libertad de contratar. 2) La autonomía de la voluntad, constituye ser un derecho secundario perteneciente a la autonomía privada –a los derechos civiles- que protegen “*expectativas de prestaciones de parte de otros*”, y 3) que el derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones y laudos, constituye un derecho fundamental, reconocida por la norma *normarum* y por el desarrollo jurisprudencial constitucional peruano, a palabras del profesor Ferrajoli, protegen *expectativas de omisión o interferencia*, de fuerzas o poderes que la puedan conculcar, entonces bajo estas tres premisas, se obtiene que la autonomía de la voluntad, restringida y débil no puede ser mas fuerte que el principio jurisdiccional y constitucional de la debida motivación de las resoluciones judiciales, administrativas y de conflictos entre privados.

La tesis de la “renunciabilidad tácita a la debida motivación” sostiene:

“...no existe remedio para el laudo defectuosamente motivado y esa ha sido la intención de la Ley de arbitraje. Como dijimos, la interpretación conjunta del artículo 56° con el 62° de la Ley de Arbitraje implica que lo que se exige

es la existencia de la motivación, y no la calidad de la misma”¹³⁸

La presente Tesis contrasta esta afirmación extrajurídica con los criterios jurisprudenciales expuestos así como con los principios generales del derecho aplicable, pudiendo enfáticamente sostener que tal afirmación es diametralmente opuesta a lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional, que exige, no solo la existencia de una motivación sino que ésta deba ser adecuada y conforme al derecho vigente, en consecuencia lo escrito por el profesor Bullard no resiste parámetros constitucionales, y en consecuencia no vincula criterios jurídicos de optimización constitucional y legal, pues señalar que no existe remedio para un laudo de derecho que resuelva defectuosamente y no conforme al derecho sobre el interés social y sobre recursos del estado, es una alegación no certera si tenemos en cuenta la existencia del Recurso de Anulación, que tiene como causal “cuando las partes *no hayan podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos*”, esto es consecuente con el derecho constitucional, y con los tratados internacionales entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 8°, pues con el Recurso de Anulación, se da el establecimiento de un proceso efectivo ante un tribunal competente que ampara contra los actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por el Texto Fundamental y la Ley, es más se tiene el reconocimiento de este proceso judicial de revisión que es igual de satisfactorio para la protección de derechos fundamentales como lo desarrollado por el precedente vinculante recaído en el Exp N°142-2011-PA-TC:

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

¹³⁸ Bullard Alfredo, Op Cit. pg631

Improcedencia del amparo arbitral

a) *El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.*

Por otro lado no es jurídicamente correcto interpretar que el espíritu de la Ley del Arbitraje, haya sido la de exigir la sola existencia de una motivación cualquiera en los aludos y no la de garantizar la motivación de los árbitros acorde al derecho, pues tal interpretación no es conforme a la constitución, ya que como se ha reproducido líneas arriba, en un Estado Constitucional de Derecho, no pueden admitirse interpretaciones tendientes a convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios (como defender un laudo de derecho defectuosamente motivado o arbitrario contra los intereses del estado o los derechos constitucionales de la persona del contratista), por ello es que la tesis utiliza la dogmática constitucional, para distinguir las normas y su correcta hermenéutica conforme al derecho constitucional.

Y en este sentido para mayor solvencia de los postulados de la tesis, reproducimos los criterios jurídicos que ha dejado establecido el tribunal constitucional en las siguientes resoluciones.

EXP N° 05923-2009-PA/TC.

Conviene recordar que la uniforme y consolidada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales como contenido del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.

EXP N° 05923-2009-PA/TC.

10). De este modo, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales encuentra su fundamento en la necesidad de que las partes conozcan el proceso lógico de un jurídico (ratio decidendi) que conduce a la decisión, y de controlar la aplicación del derecho realizada por los órganos judiciales, pues ésta no puede ser arbitraria, defectuosa, irrazonada o inexistente.

STC 05601-2006-PA/TC Fundamento 3)

Por ello, este tribunal ha precisado que toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente o tenga una motivación aparente, constituya una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

4.5.5 LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN DEL LADCE Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEBIDA MOTIVACIÓN, A LA ALUZ DE LA ESTRUCTURA DE LA PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS.

Habiendo desarrollado las características autónomas y la particularidad del derecho arbitral que conoce sobre los conflictos de las contrataciones del estado, nos encontramos con aptitud para tratar la prohibición de la revisión del LADCE. Partimos señalando como premisa que los derechos fundamentales tienen carácter de principios y los principios constituyen mandatos de optimización, esto implica que deben ser satisfechos y realizados en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, en este sentido reconocido el principio jurisdiccional garantista de la debida motivación instaurada en la Constitución Política del Perú y la regla positiva de menor rango, la prohibición del control de la motivación del LADCE, es importante someterlos al examen de la ponderación bajo la fórmula “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios tanto mayor sebera ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.

SOBRE EL JUICIO DE ADECUACIÓN.

El juicio de adecuación como presupuesto del examen sobre la idoneidad de la relación racional que existe entre el derecho constitucional intervenido o restringido y la legítima finalidad que aquella medida legislativa interventora persigue, exige la determinación de los fines de la intervención del derecho fundamental, es decir que la medida legislativa debe constituir el medio efectivamente eficaz para alcanzar una situación que satisfaga como consecuencia natural un fin legítimo.

Así tenemos identificado como derecho fundamental intervenido o restringido al principio jurisdiccional de la debida motivación de las resoluciones judiciales administrativas y de conflictos entre privados, consagrado constitucionalmente, que para el caso que nos ocupa el LADCE; y por el otro lado tenemos la medida legislativa interventora o restrictiva que prohíbe a la judicatura revisar o siquiera pronunciarse sobre

la debida motivación del LADCE, y por último respecto de la intensidad (leve, grave o media) es de reconocer que la intervención sobre la norma fundamental, es grave pues la norma restrictiva ha sido enfática al anular el derecho fundamental y toda forma de manifestación de la misma.

Para desplegar un juicio de adecuación o análisis de idoneidad, es fundamental identificar los fines legítimos que persigue la intervención, y si en efecto, con dicha esa medida se satisfacen directa y naturalmente los fines legítimos perseguidos. Para ello es importante descifrar la finalidad del arbitraje emisor del LADCE, que es resolver sobre la relación jurídica obligacional entre el Estado y el Contratista, que implica la satisfacción de las prestaciones que importa al interés social y el destino de fondos públicos o recursos del estado, en este sentido, así se advierte que sí existe justificación suficiente para que el poder del estado manifiesto en el contrato de la administración pública debe de estar sometido al derecho vigente y a su control, y por el otro lado ¿Cuál es la finalidad legítima que se pretendió perseguir restringiendo el control de la motivación?:

1) La prontitud y eficacia del proceso y emisión del LADCE.- Es de advertir que para lograr este objetivo no es necesario restringir el derecho de la motivación pues las actuaciones arbitrales además de ser flexibles gozan de una fama de ser eficaces y rápidos, no resiste el juicio de idoneidad pues no resulta adecuada satisfacer la prontitud y eficacia del LADCE mediante la restricción del derecho constitucional.

2) La firmeza y ejecución del LADCE en primera y única instancia.- La Ley no ha previsto la figura de la Apelación, así, el arbitraje se constituye como única instancia de resolución definitiva, además se tiene que el recurso de anulación se concede sin efecto suspensivo pues no suspende la obligación del cumplimiento del LADCE, ni su ejecución judicial, salvo se constituya garantía legal suficiente, de modo que existen garantías suficientes previstas en la norma arbitral para su firmeza y ejecución en

única instancia, de modo que el sacrificio de un derecho fundamental no es idóneo para alcanzar este fin.

3) El dinamismo de las Contrataciones y Adquisiciones.- El Estado, para el mayor dinamismo y prontitud en la solución de sus conflictos, se previsto no someterse al procesalismo ritual, lento, saturado y anquiloso del poder judicial que limitaba alcanzar eficazmente sus fines programáticos, derivando a sede arbitral la solución de sus conflictos, no obstante el arbitraje está dotado de un recurso de anulación judicial, este recurso de anulación cuenta con un proceso corto y autónomo que ha sido instaurado para el control del aspecto formal y de los derechos del proceso al expedirse el Laudo y por otro lado prohíbe el control de la motivación del mismo. Así resulta que el arbitraje cuenta con un proceso de anulación judicial para la protección de derechos no satisfechos en el arbitraje, resultando una contradicción entre habilitar una causal de anulación para la protección de derechos donde se encuentra el derecho a la motivación y por el otro prohibir el control de la motivación.

En este sentido tanto el arbitraje como el recurso de anulación habilitado para el control del LADCE, son procesos ágiles, sumarios y no latos, además cuenta con garantías para el cumplimiento de la resolución definitiva en primera y única instancia arbitral, en consecuencia con el sometimiento por parte del estado a un proceso arbitral rápido y eficaz, y contando con un proceso judicial corto para dilucidar la legalidad de la dación del LADCE, se han satisfecho la prontitud y dinamismo de la solución de sus conflictos, de modo que el negar el control de la motivación y apego jurídico de los LADCE al derecho vigente, no es una restricción idónea para alcanzar prontitud y eficacia, tal es así que incluso el alcance de eficacia y prontitud no se logra restringiendo el derecho fundamental que le asiste al Contratista a la debida motivación del LADCE que también decidirá sobre sus legítimos intereses y derechos contractuales pues un LADCE también puede dejar establecidas cuestiones que en sede administrativa servirán para imponer

sanciones, de modo que la una motivación aparente, defectuosa o antijurídica, que establezca cuestiones improbadas que servirán para en sede administrativa el poder punitivo del estado imparta sanciones a infracciones no cometidas pero sí establecidas por un Laudo inmotivado.

Entonces si el examen de adecuación sugiere que la conclusión a la que se arribe sea la más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, además el sacrificio o intervención del derecho debe contar con un fin legítimo, entonces la prohibición del Control de la Debida Motivación del LADCE, no supera el canon establecido para calificar como idóneo o adecuado a los fines legítimos perseguidos, pues norma interventora no cumple un fin útil, además resulta incompatible con el enunciado constitucional que ha prohibido.

SOBRE EL JUICIO DE NECESIDAD.

El juicio de Necesidad implica que la medida adoptada de restringir o intervenir un Derecho Fundamental como el derecho de la debida motivación, deba ser una necesaria medida para satisfacer un imperioso interés social o estatal, habida cuenta que no existe otra solución, así tenemos que el sacrificio de un derecho fundamental debe ser en tanto y en cuanto la ausencia de otras soluciones más efectivas.

El principio jurisdiccional de la debida motivación y su control constituye un derecho fundamental de garantía, de modo que la razón por la cual, la norma que pretenda limitarlo debe de contar con una sólida justificación, sin embargo, dada la característica fundamental del LADCE, es que decidirá sobre los intereses del estado así como el legítimo interés del Contratista, en consecuencia no existe justificación social de dejar al albedrío incontrolable del sujeto decisor, los intereses del estado y los

derechos del contratista, que pueda justificar la intervención del derecho a la debida motivación que la norma inferior pretende ha pretendido eliminar.

SOBRE EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD.

El juicio de Proporcionalidad procura que la solución a la cual se arribe responda a una convivencia constitucional o finalidad de determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego, en este caso, el poder del estado de dictar las normas, en ese sentido, el poder de restringir la libertad contractual para imponer la vía jurisdiccional que decidirá sobre sus asuntos conflictivos en las contrataciones estatales, el poder del estado de someterse a un proceso arbitral, comportándose como una persona de derecho privado que decide llevar a arbitraje sus intereses y derechos de libre disposición, y de por la necesaria dinamicidad y agilidad con las que quiere resolver sus asuntos, imponer la restricción a un derecho fundamental del Contratista así como salirse del control del derecho aplicado a la decisión de sus asuntos. Hecho que en un estado constitucional de derecho no responde a los fines de una convivencia constitucional de comportamiento del poder del estado.

Es de advertir que cuando el estado pretende someterse a un proceso privado desprovisto de control del derecho constitucional de garantía como es la debida motivación del LADCE, transgrede la forma de comportarse del poder frente a la construcción de un estado constitucional de derecho, en consecuencia el juicio de proporcionalidad entre el derecho a la debida motivación y el derecho a normar una prohibición, mientras esta última no se soporte en la adecuación o idoneidad en la necesidad debidamente justificada, entonces no resulta siquiera oportunidad de someter el precepto legal prohibitivo a un examen de proporcionalidad.

4.5.6 LOS ALCANCES PROCESALES Y EFICACIA DE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE EN MATERIA ARBITRAL RECAIDA EN EL EXPEDIENTE N° 00142-2011-PA/TC.

Por lo desarrollado páginas anteriores se ha descrito claramente que la Ley de Arbitraje Peruano ha previsto como causal de anulación la transgresión no solo a los derechos de defensa, sino también a cualquier derecho fundamental reconocido por nuestra Carta Política y entre ellos al derecho constitucional a la debida motivación, y esto se desprende de las siguientes normas positivas insitas en el propio Decreto Legislativo 1071.

Decreto Legislativo 1071.

Artículo 56° 1) ***Todo laudo deberá ser motivado***, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos

convenidos por las partes conforme al artículo 50º(...)
(El resaltado es nuestro).

El presente Artículo prescribe el deber de motivar exigible por Ley a los Árbitros, esto aplicado a las Contrataciones del Estado, constituye una obligación de motivar el LADCE, y también destaca una salvedad imposible de aplicar a los Conflictos donde el Estado es Parte, pues dada la naturaleza del conflicto, se advierte una imposible apartibilidad del Estado por medio convencional al derecho a la debida motivación, ya que los titulares de las Entidades Públicas o los procuradores de éstas, no podrían renunciar al derecho a la debida motivación de los LADCE's ya que como entes de Derecho Público adecúan sus funciones concorde con el Principio de Legalidad que les obliga respeto a la Constitución, la Ley y el Derecho, de modo que se encuentran imposibilitados de convenir contra la garantía del control del derecho objetivo que debe ser aplicado a sus conflictos, más aun si tenemos en cuenta que el Estado no muta su condición de sujeto de derecho público por el solo hecho de actuar como parte contractual o parte procesal arbitral.

Decreto Legislativo N° 1071

Artículo 57º.- Normas aplicables al fondo de la controversia. 1) **En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho. (El resaltado es nuestro).**

Decreto Legislativo N° 1017

Artículo 53.2 El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la constitución política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente

este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo. (El resaltado es nuestro).

Nueva Ley de Contrataciones del Estado.

“Artículo 45.3.- Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

El Artículo 57 de la Ley Arbitral, llevado a los LADCE, se lee que las Normas aplicables al fondo de las controversias en un arbitraje Nacional donde se discuten conflictos de intereses de naturaleza pública, el tribunal arbitral debe decidir conforme al derecho objetivo vigente, este criterio es consolidado por los dos artículos subsiguientes que en materia de Conflictos de las Contrataciones del Estado, exige no solo la aplicación del derecho vigente sino además el orden de prelación para la aplicación del derecho, condición que se prescribe como causal de Nulidad.

La pregunta planteada por el profesor Alfredo Bullard y llevado a los conflictos de las contrataciones del estado se replantearía así “*¿Cuál es el remedio jurídico para un LADCE defectuosamente motivado?*”

La debida motivación de las resoluciones judiciales, administrativas y de conflictos entre privados constituye un derecho fundamental reconocido por nuestra *Norma Normarum*, en ese sentido, transcribiré las Normas Prescritas en la Ley de Arbitraje Dec. Leg. N° 1071 y la Jurisprudencia

vinculante recaída en el Expediente N° 412-2011-PA/TC. que habilitan procesalmente la procedencia de la anulación del Laudo por causal de transgresión al derecho constitucional a la debida motivación vulnerada al dictar el LADCE.

Artículo 63º.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

b). Que (...) no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Podemos afirmar sin temor que la causal de anulación del Artículo 63.1-b) se interpreta lato sensu así: “ b) que (...) no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos constitucionales”, donde se encuentra el derecho a la debida motivación.

Decreto Legislativo N° 1071.

Disposición Complementaria:

DECIMO SEGUNDA. Acciones de Garantía:

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.

Código Procesal Constitucional Artículo

5º causales de improcedencia.

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

Los artículos precitados han dejado establecido que la vulneración del derecho a la debida motivación, no solamente es causal de anulación del Laudo, sino que además, el Recurso de Anulación constituye la vía idónea, específica, igual de satisfactoria para la protección del derecho constitucional a la debida motivación como manifestación del Debido Proceso cuando, haya sido vulnerado en el LADCE. Esto último ha sido consagrado en calidad de precedente vinculante recaído en el Exp. N° 00142-2011-PA/TC.

Expediente N° 00142-2011-PA/TC. 20)

De acuerdo con lo indicado líneas arriba (...) este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

- a) El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los **recursos de apelación y anulación** para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen *vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales*, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.
(...).

El precedente vinculante, ha dejado consolidado lo que la Ley de Arbitraje había previsto en su décima segunda disposición complementaria,

esto es, constituir al recurso de anulación como la vía procedimental específica igualmente satisfactoria para proteger en vía de acción la transgresión a derechos constitucionales, de modo que si tanto la Ley como el precedente vinculante han dejado establecido al recurso de anulación ante la sala civil, como la vía específica para satisfacer la protección al derecho constitucional vulnerado, entonces esto resulta congruente con la no admisión del proceso de amparo que recurrentemente se ha estado interponiendo por error o mala técnica jurídica, hecho que mereció el pronunciamiento de nuestro máximo intérprete, pues si está consagrada la vía específica para reclamar el derecho constitucional vulnerado, entonces por virtud del artículo 5° inciso 2 del Código Procesal Constitucional, era y es rechazable de plano y liminarmente la pretensión de amparo intentada por la parte supuestamente agraviada.

- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4° del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Este literal del precedente vinculante, también da cuenta de la armonía que existe en el razonamiento esgrimido líneas atrás; pues habida la jurisprudencia de observancia obligatoria que vincula a la sala civil a conocer y avocarse al recurso de anulación interpuesto por transgresión a la debida motivación del LADCE como una de las manifestaciones del derecho al debido proceso, esta exigencia no puede ser resistida ni negada por la sala, por haberse establecido por mandato de Ley y por imposición jurisprudencial vinculante, que dejó instaurada la vía de anulación como aquella idónea, específica e igual de satisfactoria para proteger un derecho constitucional.

Ahora bien, si pese a la consagración constitucional procedimental que estableció el precedente vinculante recaído en el Exp. N° 00142-2011PA/TC, así como la instauración legal positiva establecida en la décimo segunda disposición complementaria del Dec Leg N° 1071, sucede que la sala civil que conoce el recurso de anulación interpuesta por causal prevista en el Artículo 63.1° Lit b) apoyada en el precedente y base legal expuesta líneas arriba, desestima la pretensión declarando su improcedencia, negando tramitar el conocimiento del derecho constitucional vulnerado, entonces ésta sala habría transgredido el precedente vinculante y la disposición normativa, agravando manifiestamente la tutela procesal efectiva, que importa el acceso a la justicia, situación que habilita recién instaurar un Proceso de Amparo contra dicha Resolución resuelta por el Poder Judicial, conforme al artículo 4° del Código Procesal Constitucional tal como lo desarrolla el literal f) a cuyo análisis no avocamos en este extremo.

No obstante lo anterior, si bien se habría superado las barreras procesales para devenir en procedente un recurso de anulación interpuesto por causal de vulneración al derecho a la debida motivación de los LADCE, sin embargo la prohibición del control de la debida motivación de los LADCE, sigue estorbando incluso a la misma calificación de vía específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho vulnerado, pues si bien es cierto que la Ley obliga la aplicación del derecho a los proceso arbitrales nacionales, así como impone el deber de motivar los Laudos, e instaura causales de procedencia para reclamar el derecho constitucional transgredido, y consagra vías para evacuar el derecho vulnerado, la sala todavía cuenta con la prohibición de pronunciarse sobre el derecho a la motivación vulnerado.

Este apartado demuestra también que la prohibición del control de la debida motivación del LADCE, atenta en la práctica contra la eficacia y logro de los fines del Precedente Vinculante recaído en el Exp. N° 00142-2011PA/TC, pues un precedente que habilite una vía para la protección del

derecho a la debida motivación, es ineficaz si la vía habilitada no se encuentra apta y libre de proteger y pronunciarse sobre el derecho a la debida motivación vulnerada.

4.8. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL O REVISIÓN DE LA LEGALIDAD DEL PROCEDER RAZONADO DEL LAUDO EN EL PERÚ A LA LUZ DEL TRABAJO ESTADÍSTICO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

La Contraloría General de la República ha desarrollado una importante investigación estadística, cuya pertinencia al tema abordado en la presente tesis se justifica porque da razones que solventan la importancia del problema planteado así como se clarifica la necesidad del Control revisión del proceder razonado del Laudo que resuelve sobre los conflictos contractuales del Estado, el mismo que es abordado en este apartado siempre con la óptica crítica y sin perder de vista lo expuesto hasta el presente subtítulo.

4.8.1 LA IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DEL CONTROL DE LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LADCE's CONTRARIOS A DERECHO PARA

ENRIQUECER INTERPETACIONES ESTADÍSTICAS COMO LA MEDICIÓN ABORDADA EN EL TRABAJO DE LA CGR.

La sistematización del conocimiento y el aporte interdisciplinario comparte la información para enriquecer postulados y estudios, así como la presente tesis pretende alimentar también otras disciplinas y trabajos, la presente investigación jurídica facilita el desarrollo del conocimiento doctrinario para aportar información a iniciativas de investigación de mayor envergadura, como las que desarrolla la Contraloría General de la República, habida cuenta el carácter formulativo de la presente tesis puede proporcionar un catálogo de problemas para estudios más profundos, siempre con carácter crítico y objetivo concorde con el desarrollo teórico que se produce.

Atendiendo la especial recomendación del profesor Víctor Lizárraga Guerra, para enriquecer el aspecto práctico de la presente tesis, se analizará aspectos puntuales y conexos con el tema de la presente investigación, la estadística y su interpretación desarrollada por el departamento de estudios de la Contraloría General de la República la misma que se puede encontrar en la página

<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>,

la misma que se basa en el conteo de los Laudos arbitrales en la web del OSCE .

“Cuadro N° 14 Recurrencia de las principales controversias Periodo 2003-2013 Controversia Total de veces que fue solicitada%.

Indemnización por daños y perjuicios	915	17%
Resolución de contrato	822	15% Ampliación
de plazo contractual	658	12%
Liquidación de contrato de obra	580	11%
Penalidades	353	6%
Otras controversias	2 178	40%
Total	5 506	100%

Fuente: Laudos arbitrales registrados en el portal web del OSCE al 31 de diciembre de 2013 Elaboración: Departamento de Estudios CGR”.

“Así por ejemplo el contratista puede solicitar se deje sin efecto la resolución del contrato o el pago por contraprestación y solicitar accesoriamente el pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios.”

El presente cuadro muestra que los principales conflictos en materia de Contrataciones del Estado son los de Indemnización por daños y perjuicios ocupando el primer lugar con un 17%, seguido por las Resolución del Contrato que ocupa un segundo lugar con un 15%. Seguidamente el trabajo de la Contraloría, reproduce las normas materiales que deberían ser aplicables al caso una pretensión de Resolución del Contrato (en el marco del D. Leg 1017 Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento vigente al momento de su trabajo de investigación estadística):

a. “Resolución del Contrato.

Cuando el contrato no puede ejecutarse por un hecho o causa sobreviniente a su suscripción, cualquiera de las partes - Estado, proveedor o contratista - podrá finalizar la ejecución contractual mediante su resolución total o parcial, dependiendo en este caso de los alcances del incumplimiento, de la naturaleza de las prestaciones, o de algún otro factor relevante, siempre y cuando sea posible sin afectar el contrato en su conjunto. Así lo precisa el artículo 167° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

En este párrafo, el Trabajo de la Contraloría, ha descrito fielmente el Artículo 167 del Reglamento de la derogada Ley de Contrataciones, el mismo que debe ser concordado con el Artículo 40° c) y 44° de la Ley de Contrataciones del Estado derogada, donde se prescribía la facultad de las Partes de finalizar la ejecución por causa sobreviniente mediante la Resolución total o parcial del Contrato, dependiendo de la naturaleza y alcances del incumplimiento. En este sentido cabe acotar que tal facultad puede ejercerse mediante conciliación o arbitraje, ahora bien, respecto del Conteo de los procesos Arbitrales de Resolución del Contrato, no nos referiremos a las cifras ya referidas sino más bien al desarrollo normativo procesal y sustancial

aplicable a estos casos. Así tenemos que se llega a un conflicto arbitral para la Resolución del Contrato cuando no hay posibilidad de Resolverlo vía acuerdo conciliatorio, es decir cuando existe una *litis*, una controversia respecto de los hechos o el derecho o interpretación legal desde los intereses de las Partes, es decir cuando nos encontramos ante un conflicto de intereses plasmados en las pretensiones propuestas en sede arbitral, un conflicto pasible de hetercomposición mediante la aplicación del Derecho material vigente.

Párrafo seguido, el trabajo de la Contraloría desarrolla el Artículo 168° del Reglamento de la Ley, aplicable a los procesos de Resolución del Contrato que ha contabilizado:

Asimismo, el Reglamento establece en su artículo 168° las causales por las que la entidad puede resolver el contrato: cuando el contratista i) incumpla injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello o ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación o iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.”

Atendiendo al párrafo transcrito se ejemplificará tomando una de las causales de Resolución del Contrato, así que no obstante la descripción de la causal establecida en el literal i) del artículo 168° del Reglamento de la Ley, referida a la causal de *incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, pese haber sido notificado para ello*, se tiene que de su correcta aplicación dependerá fijar los criterios para la determinación de responsabilidad o liberación de ella a las partes del conflicto, el Contratista o la Entidad, pues éste Artículo conlleva necesariamente a ser concordada con el Artículo 44°¹³⁹ para el caso de la configuración de una imposibilidad factual liberatoria¹⁴⁰ de

¹³⁹ Artículo 44°.- Ley de Contrataciones del Estado.

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

¹⁴⁰ RESOLUCIÓN Nº 829/2002.TC-S2. En la que establece que “ La fuerza mayor precisa todo acontecimiento que no ha podido preverse , se trata del acto de un tercero por el cual no ha de responder el deudor y la excusa, por tanto el incumplimiento inevitable en que haya podido incurrir (...) imposibilita

responsabilidad por hecho fortuito o causa de fuerza mayor, del mismo modo puede darse el caso de la imposibilidad factual por causa del incumplimiento de obligaciones esenciales por parte de la Entidad en cuyo supuesto ésta debería indemnizar al Contratista¹⁴¹ con fondos del Estado, también puede darse el caso contrario en el cual, de la configuración de la causal de Resolución dependerá la imposición de sanciones administrativas por incumplimiento injustificado del Contratista en cuyo caso el supuesto de hecho debe concordarse con el literal b) del Artículo 51° b)¹⁴². Este elenco de normas participan para la determinación no solo de la Resolución del Contrato sino va más allá, pues constituyen las normas materiales cuya debida aplicación al caso concreto determinará la afectación de los intereses legítimos económicos y la libertad de Contratar con el Estado del Contratista o contrariamente afectará los **intereses contractuales** del Estado que serán satisfechos con fondos públicos¹⁴³.

de manera definitiva la continuidad de la ejecución contractual, siendo un acontecimiento ajeno a la persona o al contratista, En este sentido, si el impedimento para que el contratista cumpla con sus obligaciones depende de un exterior, este hecho se configura como imprevisto, anormal e insuperable, en consecuencia, no existe conducta injustificada por parte del postor, para la continuación del contrato, por lo cual no se tipifica como sanción administrativa.

¹⁴¹ Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

¹⁴² Artículo 51°.- Infracciones y sanciones administrativas:

b) Den lugar a la Resolución del Contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.

¹⁴³ En SALAZAR, Ricardo, Introducción A La Contratación Estatal, Módulo 1), curso de Gestión Estratégica de las Compras Públicas, promovido por el OSCE EDUCA [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf), Pg.29. el profesor capacita “Es importante destacar que la Contratación Pública no sólo compromete el interés de cada entidad pública contratante con el interés de cada persona privada o entidad pública que contrata con ella; pues la realidad demuestra que los contratos de la Administración Pública, en tanto que implican la aplicación de fondos y recursos públicos para el cumplimiento de políticas públicas, impactan en diferentes actores, cada uno de los cuales tiene un propio centro de interés.”

La presente tesis ha persuadido a lo largo de su desarrollo la importancia del control o revisión de la debida aplicación de las normas materiales al caso concreto, entonces una vez identificadas las normas materiales aplicables a los procesos arbitrales sobre Resolución del Contrato por causal de incumplimiento injustificado, éstas deben ser útiles para resolver el conflicto. Este trabajo propone que los Laudos arbitrales de Derecho que resuelven sobre las Contrataciones del Estado las debe contener, es decir debe resolverse conforme a las normas precitadas o las que además sean pertinentes, atendiendo a su correcta interpretación y adecuada subsunción de los hechos debidamente acreditados a las norma aplicables para justificar la consecuencia jurídica o decisión del Laudo Arbitral de Derecho. No solamente porque el Laudo resolverá sobre los intereses contractuales del estado peruano, sino porque además está presente el principio jurisdiccional de la debida motivación que constituye garantía de cierre del proceso a las partes, el de obtener una decisión fundada en Derecho, de ahí las preguntas propuestas en la parte introductoria referida al planteamiento del problema cobran meridiana importancia y plena pertinencia:

¿Con qué mecanismos de revisión de la debida aplicación del derecho, han contado estos 1737 ó 32% de Laudos contabilizados que laudaron sobre resoluciones contractuales e indemnización por daños en el marco de las Contrataciones del Estado?

Mientras éstos mil setecientos treinta y siete o treinta y cinco por ciento de los Laudos contabilizados por el trabajo de la CGR (sobre Resolución del contrato e Indemnización) así como los demás Laudos referidas a las otras materias en las Contrataciones del Estado, padezcan de inimpugnabilidad judicial de su contenido jurídico, o de imposibilidad de revisión de la debida aplicación del derecho material, entonces no podrá saberse a ciencia cierta la calidad de los mismos, pues no existe la posibilidad de revisión judicial de la legalidad material de los Laudos en consecuencia gozan de autoridad de cosa juzgada, plena legitimidad y vigencia.

4.8.2 SOBRE LOS PROCESOS ARBITRALES PERDIDOS POR EL ESTADO EN EL TRABAJO ESTADÍSTICO DE LA CGR.

El trabajo de la CGR realizó un conteo también de los procesos cuyos Laudos Arbitrales resultaron favorables, desfavorable al estado para obtener porcentajes sobre los procesos arbitrales ganados y perdidos por el estado en sus conflictos contractuales.

4.1 Resultados obtenidos por el Estado en los arbitrajes De la evaluación de los 2 796 laudos arbitrales emitidos para el periodo 2003-2013, el Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% (1 969) del total de laudos. Los resultados favorables sólo representan el 27% (758 laudos) y el 3% restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma de laudos arbitrales por conciliación u homologación de acuerdos transaccionales.

Gráfico N° 10 Resultados obtenidos por el Estado en los arbitrajes
Periodo 2003-2013 Los resultados que se muestran podrían generar diversas opiniones frente a la aplicación del arbitraje como medio de solución de controversias.

Desfavorable	70%	1 969 laudos arbitrales	Favorable
	27%	758 laudos arbitrales	
Otros	3%	69 laudos arbitrales	

Fuente: Laudos arbitrales registrados en el portal web del OSCE al 31 de diciembre de 2013 Elaboración: Departamento de Estudios CGR

Sobre el tema, Mariella Guerinoni Romero⁴⁴, panelista en el Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 201245, señala que las causas que originan controversias por las que el Estado tiene procesos arbitrales están relacionadas a las siguientes situaciones:

- *Errores del área usuaria al formular sus requerimientos, sobre todo los expedientes técnicos para obras que son mal elaborados con especificaciones técnicas equivocadas y programaciones irrealistas.*
- *Deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de los contratos en la etapa de ejecución contractual.*
- *Deficientes consultas y observaciones por parte de los privados durante el proceso de selección.*
- *Deficiente o nula coordinación interna entre las entidades, oficina logística o administrativa, dirección de asesoría jurídica y procuraduría pública para una defensa adecuada y coordinada de sus intereses.*
- *Falta de empoderamiento, de capacitación y de respaldo al procurador público, que si bien con el Decreto Legislativo N° 106846 se le ha*

otorgado una serie de facultades, éstas no pueden ser ejercidas adecuadamente justamente por una falta de respaldo.

• La crisis de valores éticos de todas las partes involucradas, incluidos los árbitros, las partes, los abogados, etc.

El trabajo de la CGR, luego de publicar el resultado de su conteo estadístico, reproduce las conclusiones de la especialista Mariella Guerinoni, quien explicó las causas por las que el Estado pierde sus procesos arbitrales, que entre otras se encuentra “*la Crisis de Valores éticos de todas las partes involucradas, incluido las partes, los abogados, etc*”. Es importante advertir que no se pueden abordar resultados o conclusiones sobre la base de estudios que no lo produjeron, esto en razón de que si bien es cierto que las deficiencias existentes al interior de las Entidades Públicas como en su organización, requerimiento del objeto a contratar, gestión, coordinación entre las áreas pertinentes a las contrataciones del Estado y por otro lado la falta de respaldo y capacitación de los procuradores que defienden al Estado (que la especialista Meriella Guerinoni Romero, da cuenta en sus cinco primeras causas) pueden constituir causas verificables 1) a través del estudio de los análisis organizacionales, 2) la verificación de la idoneidad de los requerimientos y su satisfacción respecto de lo requerido, 3) a través del análisis de los resultados de gestión en términos de eficacia y eficiencia, 4) la capacitación de los procuradores públicos y los filtros para su contratación para la defensa del Estado; sin embargo con éstos datos y herramientas de verificación estadística no se puede arribar a concluir como causa de los Laudos desfavorables del estado a una supuesta “*crisis de valores éticos de los involucrados incluido los árbitros, las partes procesales y los abogados o procuradores etc*” pues para verificar éste fenómeno se tendría que haber evaluado la sindéresis de los árbitros, la formación y conducta moral o ética de las partes u otros mecanismos que verifiquen tal situación, no podríamos apelar a la intuición, o al sentido común ni tampoco a un decir genérico, pues materializando esta conclusión y llevándolo al ámbito jurídico; dudando que esta afirmación sea una conclusión moral, se contextualiza jurídicamente la significación de una crisis de valores éticos en el Derecho, había cuenta que los trabajos de derecho o de moral

difieren por el contenido de los conceptos, pues llevando la afirmación al plano jurídico, los valores sociales o ético jurídicos ya están plasmados en las reglas y principios jurídico normativos del derecho puesto y la verificación de que existen transgresiones a los valores instituidos jurídicamente¹⁴⁴, solo se

¹⁷⁷ En **GARCÍA, Eduardo, (1994) Filosofía Del Derecho, México Ediciones Porrúa S.A Séptima Edición Pg 138**, Se explica al derecho como creador de relaciones intersubjetivas por parte del ordinante, esto es los legisladores creadores de normas, sin descuidar la finalidad que persiguen con las normas jurídicas creadas, así explica el profesor *“Al propio tiempo, los actos de observancia o de aplicación oficial dan origen a una enorme red de relaciones intersubjetivas, a través de las cuales quedan, mediata o inmediatamente, cumplidos los fines del ordinante, (es decir la sociedad jurídicamente organizada) y, con ello, realizados en que tales fines se fundan”* . Y página siguiente, Pg 135. Se advierte al Derecho puesto, no prescindiendo del cumplimiento teleológico hacia un fin axiológico social, como lo describe el profesor García Maynes *“Derecho es un orden concreto, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas-integrantes del sistema que regula la conducta de manera bilateral. Externa y coercible son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.”*

verificaría si las decisiones arbitrales no están ajustadas a derecho, esto es decir al derecho material aplicable, controlable y revisable, entonces entendemos nuevamente que la conclusión jurídica de la especialista no está refiriendo a aquellos valores éticos gaseosos y propios del imperativo categórico, sino aquellos valores materiales instituidos en las reglas jurídicas del derecho puesto, tal como lo desarrollaron los profesores García Higuera y García Maynez, (citados en la parte filosófica prolativa de la presente tesis con la finalidad de abordar cada concepto con la propiedad necesaria).

¹⁴⁴ **GARCÍA, Rubén (2010) La Regla De Reconocimiento De De Hart- Instituto De Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas Universidad Carlos Tres de Madrid año y ISSN 21 71-8156 Pg. 24.** Absolutamente concorde con el correlato de la tesis el Profesor Rubén García explica al derecho de forma instrumental de la siguiente manera *“El derecho es un instrumento social, que cumple una función determinada y que está influido por el poder que lo apoya, de modo que los valores y principios que tiene de este poder suele ser incorporados al derecho.” (el resaltado es nuestro).*

Así se tiene que al no existir un conteo de Laudos que hayan contravenido los valores éticos institucionalizados jurídicamente y residenciados en las normas jurídicas del derecho material, entonces no se puede deducir que la crisis de valores éticos de las partes y árbitros, son una causa para que el estado pierda sus procesos arbitrales. Podemos concluir más bien señalando que existe una complicación procesal judicial para entrar en el control del razonamiento jurídico justificado o para revisar el derecho aplicado a los Laudos que resuelven sobre las contrataciones del estado, entonces si los valores de una sociedad se materializan en su derecho material, no se puede deducir que existen una crisis de aplicación de éstos valores sociales institucionalizados en las normas del derecho puesto, pues desde la dación de un Laudo Arbitral que resuelve sobre las contrataciones del estado, éste goza de legitimidad, vigencia y autoridad de cosa juzgada mientras su pretendida nulidad por transgredir el derecho no se haya hecho valer en juicio, más aún si no existe nulidad por causales de revisión de su contenido, sino solo por cuestiones meramente formales no sustanciales.

El entendido de la existencia de una crisis de valores, diferentes a los valores jurídicos ínsitos en las normas mismas, sería ingresar al análisis de valores meramente morales cuyo tratamiento resulta ajeno a un trabajo dogmático y jurídico estricto sensu y más bien implicaría ingresar a un terreno social, cultural, moral que por su distancia respecto del tema abordado en la tesis no abocaría su desarrollo en el presente trabajo.

También el trabajo de la CGR, ha reproducido otra aseveración que realizó la Especialista Mariella Guerinoni, señalando lo siguiente:”

“...no es que el sistema arbitral sea perverso o que sea el responsable de los resultados negativos que tiene el Estado en cuanto a la gestión de sus procesos arbitrales, sino que hay diversos factores que dan lugar a dicha situación.”

Esta aseveración contrasta con lo vertido en la presente tesis en el entendido que refiere que El Sistema Arbitral (*por Sistema Arbitral entendemos*

que nos referimos al conjunto de normas jurídicas materiales y procesales que regulan el proceso arbitral en materia de las contrataciones del estado) no es perverso, la postura de la tesis si bien no aborda la perversidad de las normas jurídico procesales de nuestro sistema arbitral en materia de contrataciones del estado, lo aborda desde su calificación como garantista o no garantista de la legalidad de sus Laudos, sin embargo entendemos por perversión a *“todo aquello que corrompe el estado habitual de las cosas”*, y llevado este concepto al campo del derecho, perverso sería aquel sistema arbitral que corrompa la decisión de los árbitros por la Libertad incontrolable del contenido de sus decisiones o elucubraciones en sus Laudos, desgarantizando el estado jurídico de las cosas representado en el derecho objetivo. Un sistema arbitral que contenga una regla jurídica procesal que técnicamente prohíba la revisión o control de la debida aplicación del derecho material aplicable a un caso arbitral de derecho donde se resuelven las conflictos de las contrataciones del estado, no es un sistema arbitral garantista, pues esta regla jurídica prohibitiva del control de los Laudos, es una norma que no realiza ni confirma el estado legal y normativo sino por el contrario lo deviene en inútil, pues al no existir la revisión o control de la debida aplicación del derecho objetivo material o sustantivo, el derecho objetivo puede ser inaplicable sin control ni revisión alguna. ¿Qué obligación o responsabilidad tienen los árbitros de aplicar el derecho, si la única vía de revisión prohíbe controlar cualquier contenido de sus criterios, calificar sus elucubraciones, motivaciones o arbitrariedades? Es por ello que tocar esta situación es verter mayores razones para el planteamiento del problema que desarrolla la presente tesis.

De ahí se deduce que mientras no se haya hecho un estudio pormenorizado respecto de las normas jurídico procesales de la institución arbitral a profundidad, entonces no se puede concluir respecto de ellas, pues una cosa son las conclusiones que brindan el conteo estadístico de la cantidad de Laudos emitidos por región, por objeto de contratación o por cuantía o por tipo de pretensión arbitral o por procesos ganados o perdidos por el Estado o los privados y otras las conclusiones del análisis jurídico dogmático y procesal

de las propias normas jurídicas arbitrales que son las útiles y aplicables a los casos concretos que resuelven sobre las contrataciones del estado en el Perú.

4.8.3 SOBRE LAS CONCLUSIONES DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO REALIZADO POR LA CGR.

El trabajo de investigación de la Contraloría ha llegado a las siguientes conclusiones las que algunas de ellas se reproducen fielmente:

1. El desarrollo del arbitraje en contrataciones debe ser público y transparente con la finalidad de que las instituciones competentes e incluso la ciudadanía ejerzan controles sobre la responsabilidad que tienen los árbitros en la solución de los conflictos y el actuar de las partes (Estado y agente privado). Sobre todo teniendo en cuenta que se decidirá sobre controversias que tienen relación con fondos públicos y asuntos de orden público. Si bien las normas de contratación pública que regulan el arbitraje han establecido para los árbitros la obligatoriedad de notificar y registrar el laudo a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE); esta acción no debería restringirse sólo al laudo arbitral sino al conjunto de actuaciones durante el desarrollo del proceso arbitral.

Ésta conclusión da cuenta de que en el Arbitraje que resuelve los conflictos de las Contrataciones del Estado decidirá sobre controversias que tiene relación con los fondos públicos y asuntos de orden público, de esta manera solventa la postura de la tesis donde expone que debe darse un tratamiento especial al arbitraje de las contrataciones del estado distinguiéndolo del arbitraje que resuelve los conflictos de los privados.

2. Los resultados desfavorables que registran las entidades del Estado en la mayoría de los casos no son producto de problemas derivados del propio sistema arbitral. Estos resultados se dan por las causas que generan que el Estado sea llevado a un arbitraje y que por lo general, están referidas a problemas en el proceso de gestión en las contrataciones públicas.

Esta conclusión hace referencia a los resultados desfavorables a las entidades del estado causadas por problemas en el proceso de gestión en las contrataciones por parte de las entidades, sin embargo la preocupación de

la presente tesis se centra en la justicia material de los procesos arbitrales debe estar solventado en derecho bajo sanción de nulidad, ya sea a favor del Contratista protegiendo su derecho a la debida motivación o sea a favor de las Entidades, lo importante es garantizar la legalidad del proceder razonado del Laudo.

3. Es necesario fortalecer la gestión de los procesos arbitrales con especialistas para ejercer una adecuada defensa de los intereses del Estado que no se enfoque estrictamente desde el punto de vista procesalista, sino que sea complementado con la parte técnica y el apoyo de los órganos de línea de la entidad.

El propósito final es mejorar la eficiencia en la defensa el Estado. Sin duda, los procuradores deben dominar temas sobre contratación pública, arbitraje y derecho administrativo. 4. Si el problema es la gestión de las obras y compras, debería fomentarse la conciliación para evitar mayores costos propios del arbitraje (tiempos y costos mayores).

Respecto del fortalecimiento en gestión de los procesos arbitrales así como la capacitación de los procuradores para el dominio en temas sobre contratación pública arbitraje y derecho administrativo, esto es muy importante, tal es así que la presente tesis pretende brindar herramientas jurídico procesales para la defensa de la legalidad de los Laudos que resuelven sobre las contrataciones del estado, habida cuenta que la defensa técnica del estado en sede arbitral, debe concentrarse en los mecanismos de defensa procesal intra arbitraje, e incluso tener herramientas para defender sus derechos contra Laudos arbitrarios o contrarios a derecho. De ahí la legitimidad de la Pregunta que da cuenta el tema abordado en la presente Tesis. ¿Con qué medios de revisión jurídica de la motivación del Laudo cuentan las partes si la decisión del Árbitro desatendió la aplicación del derecho peruano vigente? El profesor Enrique Palación Parejas, cuyo trabajo ha sido citado en la los antecedentes del problema, responde a modo de formulación *“ante la existencia de Laudos sin una Motivación razonada, la iniciativa que toman los justiciables ante esta situación, es el de impugnar el Laudo Arbitral mediante el Recurso de Anulación, pero la judicatura a través de las salas superiores, rechazan liminarmente los recursos declarando su improcedencia”*. En este sentido es

importante destacar las iniciativas que se proponen como en la presente tesis apelar a la Constitución en su Artículo 139° incisos 3 y 5 referido al debido proceso y el principio de la debida motivación, otras posturas audaces proponen apelar al artículo 51° para denunciar las transgresiones normativas incurridas por un Laudo defectuosamente motivado, sin embargo es menester del presente trabajo repasar lo vertido capítulos arriba, que para impugnar Resoluciones judiciales o Laudos arbitrales de derecho que contravengan las normas del derecho material aplicable, normas constitucionales o principios jurisdiccionales, los actores deben adecuar sus pretensiones acorde a las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje así como el Código Procesal Constitucional y adecuarse a los procesos habilitados como son el de Habeas Corpus, Proceso de Amparo entre otros, en este sentido existe toda una discusión, una agenda del problemas sobre la procedencia de la revisión de un Laudo Contrario a derecho mediante el llamado “amparo arbitral” pues es un tema aún no pacífico en la doctrina y más aún tampoco en la jurisprudencia vinculante para la procedencia del Proceso de Amparo para superar o resolver sobre Laudos que hayan contravenido incluso derechos constitucionales de ésta naturaleza. Lo que da cuenta, sobre la vigencia e importancia del problema de investigación planteada no resuelta con fórmulas prácticas, sino más bien mediante la argumentación jurídica del neoconstitucionalismo para arribar a un acercamiento hacia resultados eficaces que conlleven a superar el problema de la prohibición del control de la debida motivación de los LADCE´s.

4.8.4 SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA TRANSGRESIÓN AL DEBER DE MOTIVAR COMO CAUSAL TASADA EN LA LEY DE ARBITRAJE, ABORDADA EN EL TRABAJO DE LA CGR.

A propósito de la procedencia de la causal contenida en el literal b) del Artículo 63 del D. Leg 1071, El trabajo publicado por la Contraloría General de la

República (en adelante la CGR) ha precisado una postura contradictoria con la doctrina dominante que señala que por el principio de conservación del Laudo éste puede componer el contenido de su decisión o motivación con el remedio de la integración (Bullard Gonzales). El texto del trabajo de la CGR precisa:

“Cabe precisar que la rectificación o corrección de un laudo arbitral procede únicamente cuando se ha cometido errores materiales, numéricos de cálculo, tipográficos y de naturaleza similar, por lo que no cabe emplear este medio para alterar o modificar el contenido de la decisión”

Al respecto vale reproducir esta precisión por lo delicado de la aseveración, pues es importante el conocimiento pleno del arbitraje y su tratamiento procesal para evitar situaciones de improcedencia judicial y lamentar luego la no revisión de la juridicidad, legalidad o arbitrariedades del Laudo de derecho.

Esta aseveración sería compartida por la presente Tesis por la viabilidad fácil e inmediata de la procedencia de la Anulación del LADCE sin mayor trámite o requisito como el instaurado en el numeral 7) del Artículo 63° de la Ley de Arbitraje, que prescribe que no será procedente la anulación del Laudo *“si la causal que se invoca habría sido subsanada mediante la Rectificación, interpretación integración o exclusión del Laudo”* pues si tomamos lo precisado por la CGR, las rectificaciones o correcciones sobre el LADCE a causa de la interposición de los remedios como la integración, exclusión, interpretación y rectificación *“de ninguna manera podrán alterar o modificar el contenido de la decisión”* pues éstos solo servirían para remediar errores materiales tipográficos numéricos de cálculo o de naturaleza similar y si estos remedios no modifican los alcances o el contenido del Laudo, entonces no sería necesario agotarlos para proponer la anulación por una indebida motivación.

Sin embargo es un tema aún no pacífico en la doctrina, pues los remedios están para dar oportunidad o "*posibilidad a los árbitros a corregir las deficiencias en el mismo*" en todo caso como señala el profesor Alfredo Bullard, sería el remedio de la integración el que subsanaría la motivación jurídica del laudo desarrollando los alcances del mismo, así tenemos entonces que los remedios no solo están para corregir "*errores materiales, numéricos de cálculo, tipográficos y de naturaleza similar*" sino para subsanar incluso la motivación jurídica, esto evitando lo que diría nuevamente el profesor Bullard, una interpretación "restringida o literalista de la norma". De ahí que no habiendo pronunciamientos uniformes por nuestra judicatura al respecto no debería precisarse aspectos aún no firmes, pues tal aseveración invitaría a los justiciables a interponer sus demandas de anulación sin agotar éstos remedios, teniendo como consecuencia que si la Sala que conoce la Anulación no comparte éste criterio entonces desestimaría liminarmente la legítima pretensión de Anular un Laudo Contrario a Derecho.

Como colofón de éste apartado, el trabajo realizado por la CGR, ha tocado aspectos medulares como la aplicación de las normas que rigen las contrataciones del estado en sede arbitral ante procesos como de resolución de contratos e indemnización entre otros, así como también ha reproducido conclusiones que aunque siendo contrastadas por los argumentos de la tesis, da plena vigencia e importancia al tema discutido sobre la necesidad de atender con disquisición las cuestiones relativas al derecho aplicable a las contrataciones del estado así como la necesidad de un control de ese derecho vertido en los Laudos.

CAPÍTULO V
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

CAPÍTULO V METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

5.1 METODO DE LA INVESTIGACIÓN.

El método a utilizarse es el método dogmático por ser el método del derecho en puridad tal como lo ha desarrollado el profesor Hans Kelsen, y el método dialéctico por encontrarse las variables en constante interacción entre ellas. (Rodríguez Cepeda 1999)

METODOLOGÍA JURÍDICA.

5.2 TIPO Y ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación es explicativa porque está orientada al descubrimiento de los factores causales que han podido incidir o afectar la ocurrencia de un fenómeno (Sanchez y Reyes 1999) ***Metodología y diseños en la investigación científica.***

5.2.1. NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN.

El nivel de investigación a utilizarse es el nivel exploratorio, ya que familiarizara al investigador con el fenómeno que desea estudiar, aclarar

conceptos, establecer preferencias para posteriores investigaciones, reunir información acerca de las posibilidades reales y prácticas para desarrollar una investigación de gran envergadura.

También se dice que esta investigación no exige una elevada rigurosidad metodológica pudiendo implicar sondeos, a un nivel descriptivo y explicativo. (Sanchez y Reyes 1999) ***Metodología y diseños en la investigación científica.***

5.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Por ser una investigación eminentemente dogmática y dialéctica no se ha tomado ninguna muestra ya que solo se busca persuadir respecto de la incidencia negativa que soporta la norma constitucional por la norma legal en materia de la prohibición del control judicial del proceder razonado lo las resoluciones arbitrales que deciden sobre los intereses del estado.

3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA

No se ha utilizado ninguna población y muestreo debido a que la investigación está referida a sustentar aspectos de los rasgos dogmáticos de las variables.

3.5 VARIABLES

3.5.1. VARIABLE 1:

- La prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del Estado

3.5.1.1 VARIABLES 2:

- Estado Constitucional de Derecho en el Perú

3.5.1.2. VARIABLES INTERVINIENTES:

- Los Intereses Públicos Contractuales, en el Perú.

- El Derecho Constitucional al Debido Proceso Material de las partes sometidas al Arbitraje en el Perú.

5.7. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

5.7.1. bibliográfica y/o documental :

Es la recopilación de datos y almacenamiento de información relevante del tema a tratar en la investigación, entre ellos el fichaje de libros, monografías, artículos, revistas, jurisprudencia, comentarios y folletos.

CAPÍTULO V.

RESULTADOS.

CONFIRMACIÓN Y VERIFICACIÓN DOGMÁTICA Y DIALECTICA DE LAS HIPÓTESIS Y TOMA DE POSTURA CON RELACIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN JURIDICA Y FACTICA DEL LAUDO ARBITRAL DE DERECHO QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (LADCE) Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.

CAPÍTULO VI.

RESULTADOS.

CONFIRMACIÓN Y VERIFICACIÓN DOGMÁTICA ,DIALECTICA Y ARGUMENTATIVA JURÍDICA RACIONAL DE LAS HIPÓTESIS Y TOMA DE POSTURA CON RELACIÓN A LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN JURIDICA Y FACTICA DEL LAUDO ARBITRAL DE DERECHO QUE RESUELVE LOS CONFLICTOS DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO (LADCE) Y SU INCIDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.

La dogmática jurídica, útil para conocer y describir la norma jurídica positiva y ordenarla sistemáticamente para su aplicación, exige la verificación de la legitimidad formal de su promulgación, la vigencia al momento de su estudio y sobre todo, la corroboración que la norma bajo análisis (el Artículo 62 segundo párrafo, del Dec Leg 1071 para el presente estudio) no soporte incompatibilidad con otras normas de igual o mayor jerarquía; así se ha detectado, respecto de ésta última exigencia, una flagrante incompatibilidad y contradicción entre el artículo prohibitivo del control de la garantía jurisdiccional de la debida motivación del LADCE, y el principio constitucional garantizadora de la debida motivación consagrado en nuestra *norma normarum* que goza de mayor jerarquía.

6.1 LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE, CONTRADICCIÓN (COMO IMPLICANCIA NEGATIVA) RESPECTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN EL PERÚ.

El Estado Constitucional de Derecho en el Perú exige aquella forma de convivencia política donde el poder estatal se encuentre sometido y regulado por el Derecho vigente y legítimo, esta exigencia se hace posible cuando el Estado en ejercicio del poder público manifiesto en el contrato de la administración, al ser parte de un conflicto contra una persona natural o jurídica que es el Contratista, en donde además de discutirse los intereses legítimos del Contratista que importan derechos de rango constitucional, también decidirá sobre las prestaciones contractuales y fondos públicos que importan al interés social, equilibra ese poder sometiéndose al ordenamiento jurídico y a su control mediante el principio de garantía jurisdiccional que es la debida motivación fáctica y jurídica de las resoluciones que dictan derecho, para de este garantizar un LADCE que respete los derechos fundamentales e intereses legítimos del Contratista así como también cautele el interés social y los recursos del Estado, en este sentido, y dado que el Arbitraje (al insertar parte de la teoría jurisdiccional y procesal a la teoría autónoma) goza de reconocimiento constitucional, ostenta el nombre y algunos elementos de la jurisdicción donde también se administra justicia en derecho, entonces le alcanzan los principios que inspiran y orientan el deber y poder delegado de administrar justicia al Arbitraje, que en un estado de derecho debe ser sometido al ordenamiento positivo vigente, esto por virtud de los siguientes artículos:

- Artículos 139° inc 1) de la Constitución Política del Perú que le reconoce carácter jurisdiccional.
- Artículos 139° Inc 2 y 5), 138°, 38° y 51° de la Constitución Política del Perú que prescribe la obligación de honrar y proteger los intereses nacionales, así como defender el ordenamiento jurídico y la jerarquía normativa.

- Artículo 47° Num 2, Lit b) y décima disposición complementaria del Dec Leg 1017 que le reconoce carácter procesal al Arbitraje.
- Artículos 52.1) y 52.3) del Dec Leg 1071 así como de los Artículos 45.1) y 45.6) de la Ley N° 30225 que habilitan al Arbitraje de Derecho competencia para conocer conflictos de las contrataciones del estado.
- Artículos 52.3 del Dec Leg 1017 y del Artículo 45.3 de la Ley N° 30225 que le imponen la aplicación de la constitución, la ley de contrataciones del estado, la normas de derecho público y las de derecho privado al fondo de la controversia, bajo sanción de nulidad la primera y en calidad de disposición de orden público la segunda.
- Artículo 56 del Dec Leg 1071 que prescribe que todo laudo debe ser motivado salvo pacto en contra.
- Artículo 57 del Dec Leg 1071 sobre las normas aplicables al fondo de la controversia en el arbitraje nacional, que prescribe que el tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo a derecho.
- ***Décimo Segunda. Disposición Complementaria del Dec Leg 1071*** *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.*

Expuestas las razones normativas analizadas no de manera aislada sino descritas integral y sistemáticamente, emerge la discordia entre la prohibición del control de la motivación del LADCE, contra todo un sistema de principios y valores insertos en el contenido esencial del Estado Constitucional de Derecho, fenómeno que se construye gradualmente, y que importa la interdicción de cualquier forma de arbitrariedad que representa el reverso de la justicia material y una manera de comportarse y someterse la autoridad al derecho objetivo aplicado a los conflictos

donde el propio poder del estado y sus intereses son parte, la contradicción radica sobre todo en haber establecido la prohibición de manera general sin prever excepción o salvedad y por ello es arbitraria la regla procesal contenida en el Artículo 62° segundo párrafo, de modo que se deduce que la prohibición del control de la debida motivación del LADCE , contraviene el sistema normativo vigente al negarle al poder judicial la posibilidad de verificar la conformidad del LADCE al derecho vigente, la prohibición del control de la debida motivación constituye una abuso del poder, pues el estado habría prohibido el control del derecho los LADCE donde el mismo Estado es parte, dotando al decisor privado de una zona de descontrol y de invulnerabilidad donde la revisión del derecho no podría penetrar y en consecuencia no podría ser verificado.

Entonces se obtiene que prohibir el control de una garantía constitucional, que implica el control de la debida aplicación de las normas al proceso donde se resuelven intereses del estado, es contradecir un principio jurisdiccional; dicho en otras palabras, prohibir bajo responsabilidad a los magistrados: 1) el control de la debida motivación del LADCE, 2) el control de los criterios jurídicos aplicados a la decisión del LADCE 3) el control de la motivación jurídica y fáctica del LADCE, 4) la correcta interpretación de la norma del LADCE, 5) el control del contenido de la decisión conforme al ordenamiento jurídico; -así, las prohibiciones enumeradas,- lejos de garantizar un estado constitucional de derecho, donde el poder del estado se somete al Derecho vigente controlado y garantizado por los principios jurisdiccionales, por el contrario, lo que hace es incidir negativamente contradiciendo los principios que inspiran y orientan un Estado de Derecho, pues la prohibición de la revisión de la debida aplicación del derecho, contradice clamorosamente el principio que preconiza que el estado así como sus conflictos, deban ser resueltos conforme al derecho y no al arbitrio de un tribunal arbitral privado.

Otro criterio orientador del estado de derecho es la exigencia de la manera de comportarse de la autoridad, donde el poder público se somete y respeta la legalidad existente, el Estado de Derecho, entonces sugiere la interdicción de la arbitrariedad, y para garantizar que el derecho imperativo deba ser aplicado y cumplido, instaura principios jurídicos continentales mandatos de optimización y medios de revisión del derecho aplicado a la resolución de los conflictos; contrariamente a ésta exigencia, la norma que prohíbe la revisión o control de la motivación y de la debida aplicación del derecho vigente a los conflictos de los intereses del estado, trae como consecuencia el libertinaje y el quebrantamiento de la garantía de la interdicción de la arbitrariedad, libertinaje del que pueden hacer uso los tribunales arbitrales al momento de decidir sobre los intereses del estado, sus recursos pasando por pisotear el derecho fundamental del Contratista.

Queda demostrada una contradicción entre el principio tutelar de un Estado Constitucional de Derecho, que exige garantizar mediante cánones de control y revisión, la sujeción y aplicación del Derecho vigente y por otro lado, la prohibición de controlar el derecho vigente a los conflictos jurídicos donde el poder y los intereses del Estado son parte, de modo que es oportunidad para dictar el primer resultado del presente trabajo con la suficiente categoría:

- *Que la prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del Estado, sí afecta de manera negativa al Estado Constitucional de Derecho en el Perú.*

6.2 LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE, ATENTA CONTRA LOS INTERESES PÚBLICOS CONTRACTUALES DEL ESTADO EN EL PERÚ (IPCEP).

El laudo arbitral de derecho que resuelve los conflictos contractuales entre el Estado y el Contratista, resolverá sobre la ejecución de la prestación, que viene a ser el objeto del contrato, esto implica resolver sobre una gama de vicisitudes que acaecen sobre el cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones a cargo del Contratista y de la Entidad, esto significa como consecuencia que el laudo resolverá sobre la satisfacción e insatisfacción de la debida prestación que tiene por finalidad e interés, el alcance de las metas programáticas institucionales del Estado útiles para lograr los fines de la política pública, los mismos que serán satisfechos con fondos públicos, es decir con recursos económicos del estado, de modo que es evidente y claro que el objeto prestacional de las Contrataciones del Estado, importa la representación de los intereses público contractuales del estado peruano (IPCEP). En este sentido según el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del estado, el objeto del proceso arbitral, además de conocer u decidir sobre los conflictos que deriven de la ejecución, también se avocará sobre la interpretación, nulidad e invalidez del Contrato de la Administración Pública la misma que consiste en crear, regular, modificar o extinguir relaciones, jurídico patrimoniales que son solventados con fondos públicos, es decir, con recursos del estado, y tiene por finalidad satisfacer prestaciones que importan al interés social, esto se traduce en el mismo sentido, que el tribunal arbitral privado que resuelve sobre los conflictos contractuales del estado, decide sobre los interés públicos, y sobre los recursos del estado.

Aclarado que el LADCE recaerá decisiones sobre los intereses públicos y los fondos del estado, éstos intereses y recursos del estado, se verán garantizados si el LADCE, aplica el derecho material al caso concreto. Entonces, prohibir el control de una garantía constitucional, es abandonar sin posibilidad de control jurídico, el destino de los intereses y recursos estatales al albedrío arbitral, habida cuenta que el control de la debida aplicación del derecho material, es posible por actuación de la garantía del principio de la debida motivación, pero si una norma de menor jerarquía la prohíbe el control de tal garantía, tenemos que los intereses del estado y sus recursos serán decididos sin garantía que controle su ajuste al derecho

objetivo, esto significa que los LADCE, podrán decidir son control jurídico sobre los fondos públicos y los intereses del estado.

En este mismo sentido, reconocido constitucionalmente, un establecimiento jurisdiccional, autónomo y de excepción al arbitraje, la propia constitución le exige observancia al principio de la debida motivación, una vez autorizado el tribunal arbitral privado, a dictar derecho y resolver los conflictos está sujeto a la observancia y aplicación del derecho vigente pertinente al caso que conoce por mandato constitucional, sin embargo, la prohibición 1) de controlar la motivación jurídica y fáctica del decisor, 2) de revisar sus criterios jurídicos o extrajurídicos, 3) de controlar la interpretación de los hechos y la normas aplicable al caso que se avoca el LADCE; desvalija la garantía de control, sobre la motivación, los criterios, la interpretación del derecho vigente aplicable conforme al ordenamiento jurídico, y al dejar sin control material a los LADCE , estas decisiones encuentran libertad de decidir conforme o contrariamente al derecho aplicable y consecuentemente, decidir libremente, sobre los fondos públicos, y los intereses sociales inherentes al contrato de la administración pública. Así tenemos que la prohibición de la revisión de la Motivación de los LADCE, genera desgobierno de las decisiones de los tribunales arbitrales privados atentando directamente sobre los intereses sociales y sobre los recursos del estado.

Los IPCEP, estarán resguardados siempre y cuando el ente decisor, resuelve sobre estos conforme al derecho vigente aplicable a los casos concretos, y la garantía constitucional para que ello suceda resguardado, está en el principio jurisdiccional del control de la debida motivación de las resoluciones judiciales, administrativas y de conflictos entre privados, de modo que la prohibición del control de la debida motivación de los Laudos arbitrales de Derecho que resuelven sobre las contrataciones del estado LADCE, al restringir la revisión de la motivación fáctica y jurídica aplicable al laudo que decidirá sobre los intereses del estado y sobre los fondos públicos, es atentar contra la seguridad de éstos, pues el tribunal decisor ante la no existencia de control sobre sus decisiones, se encontrará en Libertad de decidir incluso contra derecho afectando los IPCEP, esta

afectación es latente mientras la tutela de los IPCEP en el LADCE, no cuente con una garantía de control inserta en el principio jurisdiccional de la debida motivación sobre las decisiones jurídicas (LADCE) que recaen sobre los IPCEP.

De modo que con categoría y firmeza se arriba al segundo resultado que:

➤ *La prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del estado, sí atenta contra los intereses públicos contractuales del Estado en el Perú.*

6.3 LA PROHIBICIÓN DEL CONTROL DE LA MOTIVACIÓN DEL LADCE, ATENTA CONTRA EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LAS PARTES A UNA DEBIDA MOTIVACIÓN.

El Contratista como parte del proceso arbitral, contienda con el poder del Estado, gozando de derechos fundamentales siempre que no haya renunciado expresamente a ellos, y esto se desprende de las siguientes reglas y principios:

- Artículo 139° inc 3), que le reconoce el derecho a un debido proceso, cuya garantía alcanza el debido proceso formal y el debido proceso material.
- Artículo 139° Inc 5), que le garantiza el principio de la función jurisdiccional, la motivación de las resoluciones judiciales, administrativas y de conflictos entre privados.
- Artículo 138° y 51°, donde dejan establecida la jerarquía de las normas en la aplicación del derecho.
- Artículo 52.3, del Dec Leg 1017, Donde dicta que el arbitraje en materia de Contrataciones del Estado, debe ser un arbitraje de

derecho, *mediante la aplicación de la Constitución política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado*

- “Artículo 45.3 de la Ley 30225, donde establece como disposición de orden público que *las controversias en sede arbitral de las contrataciones del estado, se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.*
- *Artículo 62° Dec. Leg N° 1071 que habilita como recurso de anulación, una vía de impugnación del laudo para revisar su validez o nulidad.*
- Artículo 63° inciso 1) b. del Dec. Leg N° 1071, Estableció como causal taxativa, que el LADCE podrá ser anulado cuando la parte alegue o pruebe: **Que una de las partes no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.**
- El precedente vinculante recaído en el Exp.0142-2011-PA/TC, fundamento 20, a) donde instaura que el recurso de anulación, previsto en el Dec Leg 1071, constituye una vía procedimental específica, e igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales, dentro del que se encuentra el derecho fundamental a una resolución motivada.
- Artículo 56 del Dec Leg 1071 que prescribe la garantía que exige que todo LADCE, debe ser motivado salvo pacto en contra, es decir siempre y cuando el contratista haya renunciado expresamente a dicho derecho fundamental.

- Artículo 57 del Dec Leg 1071 sobre las normas aplicables al fondo de la controversia en el arbitraje nacional, que prescribe que el tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo a derecho.

Reproducidas las normas expuestas, se desprende que el proceso arbitral de derecho que decide sobre los intereses y fondos del estado, así como también decide sobre los derechos fundamentales no renunciados expresamente e intereses legítimos del Contratista, supone garantía de 1) El derecho a una debida motivación de las resoluciones arbitrales, 2) La aplicación del derecho respetando la jerarquía normativa. 3) Un proceso donde contiene el poder del estado sometido al derecho vigente aplicado al caso concreto.

Así el estado de las cosas, se tiene que la prohibición del control de LADCE debidamente motivado es discordante con las normas descritas e interpretadas sistemática e integralmente, habida cuenta que el derecho que constituye la principal garantía de cierre de todo proceso donde el decisor dicta derecho, es el deber de Motivar conforme a los hechos y el derecho, las Resoluciones Judiciales, Administrativas y de Conflictos entre privados, pues como se ha dicho, el deber de motivar, es un mandato constitucional consagrado como principio de la función jurisdiccional que es vinculante a todo ente autorizado a resolver los conflictos de intereses de relevancia jurídica conforme al derecho vigente, en ese sentido, los tribunales arbitrales son los órganos que por virtud de Ley están llamados a resolver mediante un arbitraje de derecho, los conflictos derivados de las contrataciones del estado, más aún cuando el arbitraje peruano goza de reconocimiento jurisdiccional por la propia constitución, esto explica que le alcanzan los principios rectores de la función jurisdiccional, tal es así que esta exigencia garantista exige que las resoluciones que emitan los tribunales arbitrales, estén debidamente motivadas conforme a derecho, de modo que no agredan con su función decisora los intereses legítimos y el derecho fundamental del Contratista.

El desarrollo jurisprudencial sobre el principio jurisdiccional de la debida motivación ha dejado estable el criterio garantizador a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos, actos que pueden venir del propio órgano jurisdiccional al momento de resolver los conflictos de relevancia jurídica de las partes, también nuestro máximo intérprete de la constitución ha dejado establecido la jurisprudencia que da contenido al principio de la debida motivación, señalando que constituye una garantía fundamental en los supuestos en que las decisiones que no tengan una motivación conforme al derecho se consideran arbitrarias y en consecuencia no merecen reconocimiento jurídico situación que las devienen en nulas, dado que la finalidad de la motivación y su control constituye una garantía de cierre del servicio de justicia que imparte el juez el estado o el tribunal Privado autorizado por Ley.

Sin perjuicio de lo anterior también es de advertir que la prohibición del control del principio jurisdiccional de la debida motivación, atenta contra los legítimos intereses y derechos del Contratista, habida cuenta que al Contratista ante el contexto del estado constitucional de derecho, le asiste la garantía constitucional de la debida motivación del LADCE por las siguientes razones jurídico positivas 1) La Constitución Política del Perú reconoce el derecho fundamental a la debida motivación 2) El estado constitucional de derecho garantiza y obliga el respeto a la las normas y su jerarquía, 3) La Ley ha establecido para los conflictos contractuales del Estado un proceso arbitral **de Derecho**, 4) La Ley ha establecido también que el LADCE, debe ser motivado, 5) La norma restrictiva del control de la debida motivación es una norma inferior a la norma que garantiza el derecho a la debida motivación.

Por estos argumentos jurídicos es que se dicta el tercer resultado:

- La prohibición del control judicial de la motivación del laudo arbitral de derecho que resuelve conflictos de las contrataciones del estado, sí atenta contra el derecho constitucional a la debida motivación del que goza el Contratista.

CAPÍTULO VII.

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXOS.

CAPÍTULO VII.

6.1 CONCLUSIONES:

En la presente investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

- Primera Conclusión.- Que la prohibición del control judicial de la motivación del Laudo Arbitral de Derecho que resuelve los conflictos de las contrataciones del Estado, afecta de manera negativa al Estado Constitucional de Derecho en el Perú.
- Segunda Conclusión.- Que la prohibición del control judicial de la motivación del Laudo Arbitral de Derecho que resuelve los conflictos de las contrataciones del Estado, atenta contra los intereses públicos contractuales, en el Perú.
- Segunda Conclusión.- Que la prohibición del control judicial de la motivación del Laudo Arbitral de Derecho que resuelve los conflictos de las contrataciones del Estado, atenta contra el Derecho constitucional de la debida motivación del que gozan las partes sometidas al arbitraje en el Perú.

6.2 RECOMENDACIONES:

En base a lo investigado se sugiere las siguientes recomendaciones:

Primera Recomendación.- El Perú debe adoptar medidas que distingan el arbitraje privado, donde se discuten intereses y derechos disponibles de las partes sometidas al arbitraje y el arbitraje autónomo donde se somete el poder del estado, los intereses sociales, fondos públicos y los derechos legítimos del Contratista frente al contrato de la administración pública como instrumento del poder, para atribuir un tratamiento normativo autónomo acorde a la naturaleza del arbitraje en función a su especialidad y estar a tono con los principios constitucionales.

Segunda Recomendación.- El poder legislativo debería modificar el artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley que norma el arbitraje y que prohíbe el control o revisión de la Motivación de todo Laudo Arbitral, y dejar una salvedad o excepción a la regla general prohibitiva, para proteger los Laudos de Derecho que resuelven conflictos de naturaleza pública, pudiendo la norma procesal arbitral, estructurarse de la siguiente manera.

El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

No será de aplicación el párrafo anterior para los Arbitrajes de derecho obligatorios y aquellos que disponga la Ley.

Tercera Recomendación.- Se recomienda no modificar el Texto del Artículo 53.2 del D. LEg N° 1017, que contenía como causal de suficiente garantía de protección de los intereses del estado y los derechos del contratista, en sede arbitral respecto de la aplicación del derecho a los LADCE y donde señala que:

*El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la constitución política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. **El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.***

Cuarta Recomendación devenida de la tercera.- El presente trabajo propone como recomendación, extender mediante una modificatoria el Artículo 45.3 de la Nueva Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado. quedando esta de la siguiente manera.

45.3 las controversias se resuelven mediante la aplicación de la constitución política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Ésta disposición es de orden público.

El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

6.3. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (Estilo APA)

AMPRIMO, Natale. (2011) "COMENTARIOS A LA LEY PERUNANA DE ARBITRAJE"
Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, Tomo I.

ALEXI, Robert Y BERNAL, Carlos, (2008). El Concepto y la Naturaleza del Derecho - Madrid
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

ALEXY, Robert (2007) Teoría De Los Derechos Fundamentales, Madrid centro de Estudios
Políticos y Constitucionales,

ALZAMORA, Mario, (1967) Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso, Lima
Tipografía Peruana SA, Cuarta Edición

ALVAREZ , Alejandro y ALVAREZ, Orlando (2013) Análisis de la Ley Reglamento de
Contrataciones del Estado. Lima Ediciones Gubernamentales, primera edición.

ATIENZA, Manuel (2006) El Derecho como Argumentación, Barcelona Ariel Derecho.

ATIENZA, Manuel Argumentación Y Constitución,
http://www3.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf."

BOBBIO, Norberto. (2009) "El problema del positivismo jurídico". México: Fontamara.

BULLARD, Alfredo. y SOTO, Carlos. (2011), Comentarios A La Ley Peruana De Arbitraje:
El Alcance Del Deber De Motivar, Motivación Y Autonomía Privada, ¿Cuál Es El Remedio
Para Un Laudo Defectuosamente Motivado? Lima Editorial del Instituto Peruano De
Arbitraje.

BULYGIN Eugenio Y MENDONCA, Daniel (2005) Normas y Sistemas Normativos, Madrid
Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición

BULEGE, Wilfredo (2011) Guía de Investigación, ¿Cómo Elaborar el Proyecto e Informe de Investigación?, Corporación FE SAC, Primera Edición.

BUNGE, Mario (1980) Epistemología, Filosofía De La Tecnología, México Editorial Siglo XXI Editores SA, de Cv, Primera Edición

BUNGE, Mario, (1999) Las Ciencias Sociales En Discusión: Una Perspectiva Filosófica, Buenos Aires Editorial Suadamericana S.A. Primera Edición.

CANTUARIAS, Fernando y CAIVANO, Roque J (2008) "La nueva Ley de Arbitraje Peruano: Un salto a la modernidad", Lima. Revista Peruana de Arbitraje Nro. 7

CABIESES, Guillermo (2012) El Carácter Interdisciplinario Del Derecho Y La Utilidad De La Economía En Su Estudio: Themis Publicación Editada Por Alumnos De La Facultad De Derecho De La Pontificia Universidad Católica Del Perú -2.

CAIVANO, Roque (2000) Arbitraje, Segunda Edición, Buenos Aires. Ad Hoc.

CASTILLO, Mario □ SABROSO, Rita (2009) La Materia Arbitrable En La Contratación Pública Artículo Virtual publicado por el profesor Mario Castillo Freyre, en http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/148_Materia_arbitrable_en_la_contratacion_publica.pdf.

CASTILLO, Mario (2009) El Arbitraje En La Contratación Pública. Lima, .Palestra Editores SAC, Primera Edición

CASTILLO, Mario y SABROSO, Rita. (2009) El arbitraje en la Contratación Pública, El Arbitraje Obligatorio y de Derecho, en http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol7/cap1.pdf

CASTILLO, Mario (2007) "Arbitraje y Debido Proceso." Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre.

CASTILLO, Mario, VÁSQUEZ, Ricardo y SABROSO Rita (2007) Conflictos de Interés en el Arbitraje del Estado, en "Arbitraje y Debido Proceso." Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Volumen II

COLOME, Ignacio (2003) La Motivación de las Sentencias: sus Exigencias Constitucionales y Legales, Titan lo Blanch, Valencia

CHIPANA Jhoel, (2013) Los Árbitros en la Ley de Arbitraje. Bases Para Una Reforma del Título III del Decreto Legislativo N°1071, tesis Publicada por la Facultad de Derecho de la PUCP013http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4523/CHIPANA_CATALAN_JHOEL_LEY_ARBITRAJE.pdf?sequence=1

CHOCRÓN, Ana María. (2000) Los Principios Procesales En El Arbitraje, Barcelona, J.M. Bosh Editor.

DYNNIK, Miguel (1963) Historia De La Filosofía Del Derecho-Desde La Revolución Socialista Hasta Nuestros Días, México Editorial Grijalbo SA. 1ra Edición.

DWORKIN, Ronald (2005).La Justicia Con Toga, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales, S.A. Primera Edición

FERRI, Luigi (1969) "LA AUTONOMÍA PRIVADA" Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

EMSELEK, Paul, (2006) El Paradigma Positivista de la Dogmática Jurídica, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7. T. 1. <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0606120017A/20812>

GARCÍA, Victor (2014) Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Adrus D&L Editores SAC. Cuarta Edición Lima.

GARCÍA, Eduardo (1994) .Filosofía del Derecho, 7ma Edición, México, Editorial PURRUA SA.

GARCÍA, Franck, (2012) Amparo Versus Arbitraje, Improcedencia Del Amparo Contra Laudos Arbitrales. Editorial Adrus SRL, Arequipa Perú. Primera Edición.

GARCÍA, Rubén HIGUERA, (2010) La Regla De Reconocimiento De De Hart- Instituto De Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas Universidad Carlos Tres de Madrid.

GARCÍA, Ruben (2010.) Papeles de Teoría y Filosofía Del Derecho, publicación del Instituto De Derechos Humanos Bartolomé De Las Casas Universidad Carlos III De Madrid año.

GISPERT, Carlos (1982) diccionario enciclopédico océano, , Barcelona Ediciones Oceano SA, Tomo XVI, Pragmatismo. 1ra Edición.

GONÁLEZ, Francisco (2008) "ARBITRAJE". Mexico: Editorial Porrúa.

GRANDEZ, Pedro y MORALES Felix, (2013) La argumentación Jurídica en el estado constitucional. México Palestra editores.

GUERRERO Roger: (2007) "RUIDO EN LA CALLE PRINCIPAL- Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones". Themis 53. Revista de Derecho.

GUTIERRES, Walter (Director), FERNANDO, Vidal, (2005) la Constitución Comentada, Análisis Artículo por Artículo, Editorial Gaceta Jurídica Primera Edición.

HÄBERLE, Peter. (2003) La Garantía Del Contenido Esencial De Los Derechos Fundamentales De La Ley Fundamental de Bonn. Madrid Dykinson.

HURTADO, Martin (2009) Fundamentos De Derecho Procesal Civil, Idemsa Lima primera edición.

IGARTUA, Juan (2003) La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. Madrid, CEPC.

JEQUIER, Eduardo (2011) El Arbitraje Forzoso en Chile, un Examen de Constitucionalidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de TALCA. En: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art12.pdf>.

JIMÉNEZ, Roberto, (2008) Una Meta Teoría Del Positivismo Jurídico, Madrid Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y sociales S.A.

JORDÁN, Hernán (2005) “Los límites al derecho de impugnación en general y la apelación en particular: una visión desde la perspectiva de la efectiva tutela jurisdiccional”. En: Foro jurídico -- Año 2, no. 4 p. 70-90.

KAUFMANN, Arthur (1997) Filosofía Del Derecho, 2ra Edición, München, Editorial Cordillera SAC.

KELSEN, Hans (2009) La Teoría Pura Del Derecho, Buenos Aires Edudeba, Editorial Universitaria de, Cuarta Edición.

LEDESMA, Marianell (2009) Jurisdicción y Arbitraje. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LOHMANN, Guillermo, (1993).EL ARBITRAJE, Cuarta Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial Lima

LOPEZ, Haley. Tesis, (2008) Análisis Jurídico De La Ley De Arbitraje Peruana, Universidad Peruana Los Andes.

LONGFELLOW, Enrique, (1974) Enciclopèdia Barsa, Barcelona Ediciones Oceano SA Enciclopedia Britànica INC, Tomo X, 13ra Edici3n.

L3PEZ BARJA, Jacobo y GARCÍA León (2008) Doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Valencia Tirant Lo Branch.

LORCA, Antonio (2002) Tratado de Derecho de Arbitraje. San Sebasti3n: Instituto Vasco de Derecho Procesal.

LORCA, Antonio y SILGUERO Joaquín (2004) Derecho de Arbitraje espaol. Madrid: Dykinson.

LLOREDO, Luis (2010), Ideología Y Filosofía En El Positivismo Jurídico De Rudolf Von Hering, Tesis Doctoral Editada por la Universidad Carlos III De Madrid, http://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10726/luis_lloredot_tesis.pdf?sequence=1

MONOD, Jaques. (1970) El Azar y la Necesidad. Barcelona, Barral Editores.1ra Edici3n.

MANTILLA, Fernando (2005) Ley de Arbitraje. Madrid: Iustel.

MIRAGLA, Luis (1943) Filosofía Del Derecho -, México Editorial Impulso SA 1ra Edici3n Argentina.

MONTERO AROCA, Juan. (2006) Proceso (Civil y Penal) y Garantía. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad. Valencia Tirant lo Blanch.

MORELLO, Auguto (1988) El proceso justo. Editora Plantense, Bs. As.

MONROY, Juan (2009) Teoría General del proceso 3ra Edición, Lima Librería Comunitas EIRL

MORESO, José, (2009) La Constitución Modelo Para Armar, Marcial Pons, Madrid.

MORALES, Rómulo, (2008) Dogmática Jurídica Y Sistema Jurídico: Aproximaciones A La Sociología Y Antropología Jurídicas, Ius et Veritas Año II No. 23 Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú Lima, 2001 Páginas: 309 – 337.
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20081222_01.pdf

NARANJO, Abel (1992) Filosofía del Derecho, Colombia, Editorial Temis.

NARVÁEZ, M. (2004) Wittgenstein Y La Teoría Del Derecho, Madrid Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

ORTEGA, José, (2013) Meditación De La Técnica, Artículo Publicado en https://francescllorens.files.wordpress.com/2013/02/ortega_meditacion_tecnica.pdf.

PALACIOS, Enrique. (2007) La Motivación De Los Laudos y El Recurso De Anulación, Artículo publicado http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA%205-2.pdf

PANDURO, Lizbeth (2011) Asesor: Giovanni Priori Posada, “APLICABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES PROCESALES EN EL ARBITRAJE”, Lima publicada por la Pontificia Universidad Católica Del Perú.

PEÑA, Sergio , Curso de Metodología de la Investigación, diapositivas publicadas por la Escuela De Derecho de la Universidad Nacional Andrés Bello de Santiago de Chile, en la dirección [web](http://www.academia.edu/1741486/Metodolog%C3%ADa_de_la_Investigaci%C3%B3n_Jur%C3%ADica_Tercera_Parte)
http://www.academia.edu/1741486/Metodolog%C3%ADa_de_la_Investigaci%C3%B3n_Jur%C3%ADica_Tercera_Parte

PIZZOLO, Calogero. (2002) "El desarrollo de algunas garantías que hacen al debido proceso" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)" En: Foro Jurídico. Año 1, no. 1 p. 103-110.

POKROVKI, (1966) Historia de la Ideas Políticas, -Las Teorías Jurídicas Reaccionarias Norteamericanas Los Pragmatistas, Sociologistas, Realistas.- México, Editorial Grijalbo SA. 1ra Edición,

POVIÑA, Alfredo, (1977) Tratado de Sociología ampliada Buenos Aires strea, Editorial , 6ta Edición.

PRIORI, Giovanni, (2003) Reflexiones en torno al doble grado de jurisdicción. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, ADVOCATUS N° 9.

RADBRUCH, Gustav (1997) Rechtsphilosophie, 8va Edición 1983,(nota 5) pp 119. Citado por ARTHUR KAUFMANN, Filosofía Del Derecho, 2ra Edición, München, Editorial Cordillera SAC.

RETAMOZO, Alberto (2013) Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Lima Gaceta Jurídica.

ROCCO, Ugo. (1983) Tratado de Derecho Procesal Civil. Temis: Bogotá, Depalma: Buenos Aires,. Tomo I.

RODRIGUEZ, Marcelino, (2000) Introducción a La Filosofía Del Derecho, Madrid Universidad Complutense Facultad De Derecho Servicio De Publicaciones, Primera edición.

ROSENTAL, Judin (1959) Diccionario Filosófico, Editorial Universo, 1ra Edición.

RUBIO, Marcial (2011) La Teoría Del Estado De Derecho I Estado Constitucional. El Estado Peruano Según La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Segunda Edición, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú.

SALAZAR, Ricardo, Introducción A La Contratación Estatal, Módulo 1), curso de Gestión Estratégica de las Compras Públicas, promovido por el OSCE EDUCA

[http://www.osce.gob.pe/consumcode/userfiles/image/cap1_m1\(2\).pdf](http://www.osce.gob.pe/consumcode/userfiles/image/cap1_m1(2).pdf).

SANCHEZ, Martha,(2003) La Relación Teoría-Experiencia, en la Epistemología de Thomas s. Kuhn, , Thesis ad Doctoratum in Philosophia totaliter, Edita Pontificia Universitas Sanctae Crucis Facultas Philosophia, Roma Pg26.
file:///C:/Users/User/Downloads/TesisSanchezCampos.pdf.

SIECKMANN, Jan-R. (2011) La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales, Estudios sobre la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, Buenos Aires, Marcial Pons,

SPINOZA, Baruch. (1984) Etica, Editorial R.B.A. 1ra Edición.

STEGMULLER. M. (1997) Hauptstromungen der Gegenwartsphilosophie, tomo I, 6ta ed. 1978, pp.429 y ss., especialmente 431. Citado por ARTHUR KAUFMANN, Filosofía Del Derecho, 2ra Edición, München, Editorial Cordillera SAC

STERLING, Juan (2013), La Argumentación Jurídica, En El Estado Constitucional, Hermenéutica y Argumentación Jurídica, Límites a la discrecionalidad Judicial, Mexico Palestra Editores.

SUCAR, German (2008) Concepciones Del Derecho Y De La Verdad Jurídica, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales s.a.

TEMBOURY, Miguel. (2010) «Estándares de conflicto de interés». En Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Biblioteca de Arbitraje del Estudio

TRAZEGNIES, Fernando, (1996) Arbitraje de Derecho Y Arbitraje de Conciencia. Artículo Virtual en Ius Et Veritas, Revista Publicada por alumnos de la facultad de Derecho de la PUCP, Lima [Http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm](http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm).

VALLEJOS, Guido Master en Filosofía por la Michigan State University, Peirce, Semiotica y Realismo, Revista Virtual Publicada por la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile. <http://www2.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/05/peirce.htm>,

VELA, Luis, (1964) Dell'universita El Derecho Natural En Giorgio Del , Roma Gregoriana Editrice' Vecchio, Librerí

VERGNE, C. Una Mirada Filosófica Sobre La Tecnología, artículo Publicado en http://www.fc.ai.uncu.edu.ar/upload/21etc-vergne-_fc.ai-uncuyo.pdf

VILAJOSANA, Josep (2008) Identificación y justificación del Derecho, Madrid Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales s.a.

VILLORO, Miguel. (1973) Lecciones De Filosofía Del Derecho - El Proceso De La Razón Y El Derecho, México Editorial Porrúa SA 1ra Edición.

WALUCHOW, Wilfrid (2007) Positivismo Jurídico Incluyente, Madrid Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A. Primera Edición.

WONG, Julio. (2013) La Motivación Defectuosa Como Causal de Nulidad del laudo, Lima, Jurista Editores Eirl, Primera Edición.

CONTENIDO DE LA CONSTITUCIÓN, Artículo Publicado como guía del curso, por la Facultad de Derecho de La Universidad Antioquía de Colombia según dirección electrónica <http://docencia.udea.edu.co/derecho/constitucion/contenido.html>.

OSCE La Ubicación de los Contratos de la Administración Pública dentro del Fenómeno del Poder. En <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/blog-post.html>.

OSCE Carácter instrumental del Contrato de la Administración Pública. En <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/blog-post.html>.

OSCE El concepto sugerido sobre el Contrato de la Administración Pública. En <http://www.aulavirtualosce.com/2010/09/blog-post.html>

El Debido Proceso En El Arbitraje, La Anulación De Laudo Y El Proceso De Amparo En http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol6/DIA-4-6.pdf.

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 03891-2011-PATC

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 03891-2011-PATC

Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP. N.º 01442-2008-PA/TC.

6.3. ANEXOS:

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

EXP. N.º 00142-2011-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD MINERA DE
RESPONSABILIDAD LTDA.
MARIA JULIA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de setiembre de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli y el fundamento de voto del magistrado Urviola Hani, que se agregan

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 136, su fecha 23 de julio de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de diciembre de 2009, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral compuesto por el Árbitro Único don Luis Humberto Arrese Orellana, a fin de que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución del 22 de septiembre de 2009, recaída en el Caso Arbitral N° 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, y que se ordene que se retrotraiga el Caso Arbitral N° 1487-11-2008 hasta antes de la expedición del referido laudo. Alega la recurrente que se afecta sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Según la recurrente, el árbitro demandado no ha explicado o fundamentado debidamente por qué existe una “incompatibilidad” en la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento de inicio de la exploración minera. Más aún, el laudo se fundamenta en la invocación de

normas impertinentes para la interpretación de la cláusula referida. Asimismo, la recurrente sostiene que el árbitro demandado no ha valorado debidamente los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral.

El Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima, mediante Resolución de fecha 23 de diciembre de 2009, declara de plano improcedente la demanda interpuesta, por cuanto la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa. A su turno, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada, pero considera además, que la demanda es improcedente por la existencia del recurso de anulación del laudo (según la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje), que es vía igualmente satisfactoria para la protección de la pretensión solicitada.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1. Conforme se indica en la demanda, el presente proceso constitucional se dirige a restablecer las cosas al estado anterior a la vulneración de los derechos constitucionales invocados por la recurrente como resultado del laudo arbitral de derecho emitido con fecha 22 de septiembre de 2009 dentro del Caso Arbitral N° 1487-119-2008. Según afirma la recurrente, dicha vulneración se habría producido por existir una deficiente y contradictoria fundamentación en el referido laudo.

Consideración preliminar

2. De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia, este Colegiado considera pertinente referir que a la fecha, existe una buena cantidad de procesos en trámite en los que se viene cuestionando el proceder de la jurisdicción arbitral de cara a lo establecido en la Constitución. Consciente de la importancia del arbitraje dentro del orden constitucional, este Tribunal considera conveniente proceder a una reformulación y/o consolidación de los criterios establecidos en su jurisprudencia, con el objeto de dar una visión actualizada de lo que hoy en día representa para este Supremo Interprete de la Constitución la institución del arbitraje y la fórmula de control constitucional aplicable a éste.

La evolución del control constitucional sobre la justicia arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

3. La perspectiva de un control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral no es desconocida ni mucho menos reciente para este Colegiado. La primera vez que esto se sometió a discusión data del año 1999, con motivo del proceso de amparo promovido por Pesquera Rodga S.A. contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERU) (STC 189-1999-AA/TC). En aquella oportunidad se dejó claramente establecido que *“la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar (...) no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral (...)”* (fundamento 3).
4. Aunque los criterios por entonces establecidos respondían directamente al estado de la jurisprudencia en relación con el control constitucional de las decisiones judiciales (que, como se sabe, sólo permitía la defensa de derechos constitucionales estrictamente procesales), se aceptó la posibilidad de habilitar la opción descrita, de una forma no menos restringida que la que ya se daba para otras manifestaciones de control.
5. Es pertinente precisar que por la misma época el tema también fue abordado desde la perspectiva legislativa. En efecto, mediante Ley N° 27053 publicada en el diario oficial “El Peruano” el 19 de enero de 1999, quedó modificado el artículo 6°, inciso 2), de la entonces vigente Ley de Habeas Corpus y Amparo (N° 23506), estableciendo la improcedencia de las acciones de garantía *“Contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular”*, lo que *contrario sensu*, y siguiendo la jurisprudencia existente en aquel momento, significaba que si el proceso (sea este judicial o arbitral) devenía en irregular, quedaba habilitado el control constitucional.

6. Casos posteriores de cuestionamiento a decisiones arbitrales no se volverían a presentar durante un periodo relativamente largo. Es recién en el año 2005 que el Pleno del Tribunal Constitucional, utilizaría un proceso en el que colateralmente se discutía un arbitraje, para teorizar nuevamente sobre el tema, esta vez de un modo mucho más detallado. Se trata de la sentencia recaída en el proceso de habeas corpus promovido por Felipe Cantuarias Salaverry contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima (STC 6167-2005-PHC/TC). En esta Ejecutoria y al margen de las consideraciones teóricas en ella desarrolladas y que abogan decididamente por el control constitucional de las decisiones arbitrales, se sentarán los siguientes criterios: **a)** El control judicial es siempre *a posteriori* y se ejerce a través de los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje (Nº 26572); **b)** El control constitucional se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, precisándose que tratándose de materias de competencia del fuero arbitral, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4, del citado Código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas; en ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo; y **c)** En este contexto, el control constitucional jurisdiccional se desenvuelve *a posteriori*, cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, que los vinculan en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.
7. Tiempo después y mediante la sentencia recaída en el proceso de amparo promovido por Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited (STC 4972-2006-PA/TC), el Tribunal Constitucional volverá a pronunciarse sobre el tema, reiterando algunos de los criterios establecidos hasta entonces a la par que ampliando algunos otros. El razonamiento, en esta ocasión, se sintetiza en tres extremos: **a)** El control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral procede cuando ésta vulnera o amenaza cualquiera de los aspectos que formal o materialmente integran la llamada

tutela procesal efectiva, y siempre que se haya agotado la vía previa; **b)** El control constitucional procede cuando la jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsiva o unilateralmente; **c)** El control constitucional opera cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha decidirse tienen carácter indisponible (derechos fundamentales, temas penales, etc.).

8. Más recientemente el Tribunal Constitucional aborda de nuevo el tema y agrega algunos aspectos adicionales, mediante la sentencia recaída en el proceso de amparo promovido por PROIME Contratistas Generales S.A. contra los miembros del Tribunal Arbitral del Colegio de Ingenieros del Perú (STC 4195-2006-PA/TC). En dicho pronunciamiento, se habla hasta de cinco reglas en materia de control sobre la jurisdicción arbitral. Conforme a éstas: **a)** El amparo no procederá cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo, por lo que en tales supuestos habrá que esperar la culminación del proceso arbitral; **b)** Deberá agotarse la vía previa tras haber culminado el proceso arbitral, siempre y cuando sean pertinentes los recursos de apelación o anulación; **c)** El amparo no procede cuando se cuestione las interpretaciones del tribunal arbitral respecto a normas legales, a menos que de tales interpretaciones se desprenda una vulneración manifiesta a la tutela procesal efectiva o al debido proceso; **d)** La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidos a arbitraje son de exclusiva competencia de la jurisdicción arbitral, a menos que en ello se advierta una manifiesta arbitrariedad, que pueda constatarse de la simple lectura de las piezas que se adjuntan al proceso, sin que sea necesaria una actividad probatoria adicional que no es posible en el proceso de amparo; **e)** Quien alega la violación de un derecho constitucional que resulte de una arbitraria interpretación de normas o hechos producidos en el trámite del arbitraje, deberá acreditarlos de manera objetiva y específica, precisando en qué ha consistido dicha irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.
9. Como puede apreciarse, el tratamiento del control constitucional respecto de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral no siempre ha sido el mismo y las reglas en su momento instituidas han ido no solamente variando con el curso del tiempo, sino que algunas han sido retocadas con distinta intensidad.

Los alcances de la jurisdicción arbitral

10. De acuerdo con el Artículo 138° de la Constitución Política del Perú: “*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*”. A su turno el artículo 139° inciso 1) de la misma norma fundamental, prevé como un principio a la par que un derecho ante la función jurisdiccional, “*La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional*”, quedando claramente establecido que “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral*”.
11. A partir de lo establecido por la norma fundamental, “*el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional*” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10). Desde esta perspectiva, “*este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria*” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).
12. Sin embargo de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y, al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, “*la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que*

componen el derecho al debido proceso” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).

13. Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

El modelo de control constitucional sobre la jurisdicción arbitral y la necesidad de reacomodarlo a lo previsto en el Código Procesal Constitucional

14. Como se ha visto, han sido diversos los criterios que de una u otra manera, han venido perfilando los aspectos del control constitucional de la jurisdicción arbitral. No obstante, considera este Colegiado que aun cuando buena parte de dichos criterios no han perdido su importancia, requieren ser acoplados de una manera mucho más directa a lo expresamente previsto por el Código Procesal Constitucional, en cuanto referente obligado de cualquier fórmula procesal tendente a defender la Constitución.
15. Es pertinente recordar que un cambio radical entre el modelo procesal actualmente vigente y el anterior, vino representado por el paso de un amparo alternativo a uno de carácter subsidiario o residual. Este cambio supuso la conversión del amparo en un instrumento procesal que habiéndose concebido en sus inicios como un mecanismo indiscutiblemente amplio y flexible en sus alcances, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional sólo podía y debía ser usado, en casos de extrema urgencia o cuando las necesidades de tutela normalmente dispensables en la vía judicial ordinaria no fueran suficientes para defender o tutelar los derechos constitucionales reclamados. Es ese el sentido del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal en materia constitucional.

16. En el modelo de control arbitral actualmente existente no parece, sin embargo, haberse reparado mayormente en dicho cambio, pese a existir elementos que conducirían a este propósito.
17. En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ese el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral *stricto sensu* como aquel que opera sólo y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula *a posteriori*, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.
18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5° del CPCConst.
19. Que opere este cambio en la manera de concebir el recurso judicial de anulación no significa que el amparo arbitral esté condenado a su desaparición. Simplemente se trata de reacomodarlo a su verdadera naturaleza que no es otra que la de un mecanismo corrector absolutamente excepcional, sujeto a supuestos excepcionales que esta sentencia señalará a continuación.

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

Improcedencia del amparo arbitral

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

siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).

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

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

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

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

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

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

El control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral

22. Líneas arriba hemos recordado que, conforme al artículo 139° inciso 1) de la Constitución, el arbitraje es una jurisdicción independiente del Poder Judicial o jurisdicción común, que se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición.
23. Esto no afecta el *principio de unidad de la función jurisdiccional* (que implica que el Estado, en conjunto, posea un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tengan idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento), ya que, como ha señalado este Tribunal, *“de ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución”* (STC 0004-2006PI/TC, fundamento 10).
24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional

restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; *“por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (...), más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla”* (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).

25. Esto resulta más evidente aún si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este Tribunal, *“el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia”* (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera.

26. No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

Dilucidación de la controversia

27. Como se ha visto con anterioridad, el objeto del presente proceso constitucional es reponer las cosas al estado anterior a la expedición del laudo arbitral, supuesto vulnerador de los derechos constitucionales invocados por la recurrente.
28. De autos puede apreciarse que lo que la recurrente expresa en su demanda es su discrepancia con la interpretación hecha por el árbitro demandado a la cláusula Tercera del Contrato de Cesión Minera (a fojas 46 y 47) □modificado por el Contrato de Cesión de Posición Contractual, del 7 de diciembre de 2007□ en cuanto la fecha en que Aurífera Huachón S.A.C. debía iniciar las actividades de exploración minera. Alega también la recurrente su discrepancia con el laudo en cuanto a las normas aplicadas por el árbitro para la interpretación del referido contrato y la valoración realizada por éste a los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral, que definieron la cuestión de fondo discutida en el arbitraje.
29. En dicho contexto, el Tribunal Constitucional considera que los hechos propuestos por la recurrente no constituyen causal que amerite la revisión del laudo arbitral a través del proceso de amparo; por ello la demanda debe ser desestimada.

Establecimiento de precedentes vinculantes

30. Habiéndose establecido en los fundamentos 20, 21 y 26 de la presente sentencia nuevas reglas en materia de amparo contra las decisiones emanadas de la jurisdicción arbitral y sobre el ejercicio del control difuso de constitucional en dicha jurisdicción, este Supremo Intérprete de la Constitución, habida cuenta de la importancia de la materia involucrada, considera pertinente su reconocimiento a título de precedentes vinculantes, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
31. A partir del día siguiente de la publicación de la presente sentencia en el diario oficial “El Peruano”, toda demanda que se encuentre en trámite y que no se ajuste al precedente vinculante establecido en la presente sentencia debe ser declarada improcedente. Por seguridad jurídica y en vía excepcional las partes pueden en un plazo no mayor de 60 días hábiles interponer recurso de apelación o anulación, según corresponda, en sede ordinaria.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo de autos.
2. Disponer que las reglas establecidas en los fundamentos 20, 21 y 26 de la presente sentencia constituyen precedentes vinculantes, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 00142-2011-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD MINERA DE
RESPONSABILIDAD LTDA.
MARIA JULIA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

1. La empresa demandante interpone demanda de amparo contra el Tribunal Arbitral compuesto por el árbitro único don Luis Humberto Arrese Orellana, a fin de que se declare la ineficacia del laudo arbitral de derecho contenido en la Resolución de fecha 22 de setiembre de 2009, recaída en el caso arbitral N° 1487-119-2008, así como su inscripción registral dispuesta por el mismo laudo, debiéndose ordenar que se retrotraigan las cosas al estado anterior, esto es antes de la expedición del referido laudo, puesto que se están afectando los derecho al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

Refiere el recurrente que el árbitro demandado no ha explicado o fundamentado debidamente por qué existe una “incompatibilidad” en la clausula Tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento del inicio de la exploración minera. Más aún el laudo se fundamenta en la invocación de normas impertinentes para la interpretación de la clausula referida. Asimismo la recurrente sostiene que el árbitro demandado no ha

valorado debidamente los hechos y la prueba documentaria que obra en el expediente arbitral.

2. El Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima declara la improcedencia liminar de la demanda considerando que la sociedad recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa. La Sala Superior revisora confirma la apelada considerando que la demanda es improcedente en atención a que existe el recurso de anulación de laudo, constituyendo dicha vía la satisfactoria a efectos de la protección de la pretensión solicitada.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (*ab initio*), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es “el recurso interpuesto” y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional al intervenir como tribunal de alzada debe limitarse al auto de rechazo liminar.
4. Debo manifestar que al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (Tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.
5. Debo señalar que el artículo 47° del Código Procesal Constitucional en su último párrafo precisa ciertamente que “si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto”. Este mandato tiene un sustento en la más elemental lógica: el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.
6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado,

tiene que ponerse en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.

7. En atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente en cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto controvertido.
8. Considero pertinente la ocasión para manifestar mi opinión respecto a expresiones emitidas por mis colegas en otros casos, puesto que he observado que el sustento para justificar el ingreso al fondo de la controversia –pese al rechazo liminar de la demanda– es el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. ¿Qué nos dice el citado artículo? Este artículo nos refiere que:

“Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.” (subrayado agregado)

9. Respecto a ello es pertinente señalar que la expresión del articulado que refiere que se *deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales* no justifica de ninguna manera el ingreso al fondo, puesto que la defensa del demandado no puede asumirse de modo alguno como una formalidad. Digo esto por qué? El proceso ha sido concebido como aquella vía a la cual pueden recurrir las partes a efectos de que se resuelva una controversia suscitada en la sociedad. Tal participación de ambas partes requiere de la admisión de la pretensión por parte del juzgador a efectos de que admitida la demanda se notifique al presunto agresor a efectos de vincularlo no solo al proceso sino a la decisión.

Ya con la participación de ambas partes, éstas se someten al proceso, pero no solo se someten a las reglas del proceso sino que se someten a la determinación final del juzgador. Es decir la presencia de ambas partes no solo implica que el juez tenga la obligación de resolver conforme a la Constitución y las leyes la controversia sino que las partes respeten su decisión. He ahí donde encuentra legitimidad la decisión del juzgador, puesto que no puede concebirse una decisión emitida en un proceso judicial, cuando no será respetada ni cumplida por alguna de las partes. Por ello considero que la exigencia de la participación de ambas partes en un proceso se encuentra vinculada al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no puede exigirse el cumplimiento de una decisión arribada en un proceso judicial a una persona que no ha tenido participación en el citado proceso, lo que implica que tal decisión es ineficaz, ya que no generara consecuencias respecto de quien no participó.

10. Los procesos constitucionales tienen una especial importancia, puesto que su finalidad es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y el respeto por la Constitución del Estado, teniendo por ello que determinarse al presunto agresor de un derecho fundamental. Por ende, por tal relevancia, es que afirmo que con mayor razón no puede soslayarse la intervención de la persona a la que se le acusa de la violación de un derecho fundamental, puesto que la determinación a la que arribe este Colegiado necesariamente va exigir determinada acción de dicho emplazado. Pero ¿Cómo puede exigirse la realización de un acto o el cese del mismo si no ha participado en el proceso?, es decir ¿cómo puede exigirse el cumplimiento de una decisión que no es legítima para ambas partes?. La respuesta es obvia, no puede exigirse el cumplimiento de una decisión en la que una de las partes desconoce totalmente la pretensión, no teniendo legitimidad ni vinculación alguna para la persona que no participó. Claro está existen casos en los que es evidente que el presunto demandado –si bien no ha sido emplazado con la demanda– conoce del conflicto, como por ejemplo casos en los que la discusión se ha visto administrativamente, en los que, considero, que el Tribunal puede ingresar al fondo, pero solo si se verifica una situación especial en la que se advierta que la dilación del proceso convierta la afectación en irreparable.
11. Es precisamente por ello que el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha permitido la omisión de algunas “formalidades” para lograr el objeto del proceso constitucional, pero no puede considerarse

que la defensa del presunto emplazado es una formalidad sino una exigencia que legitima el propio proceso. Por ello considero que tal afirmación no solo es impropia sino también quebranta el proceso en el cual se pretende la defensa de los derechos constitucionales, lo que puede interpretarse que por la defensa de un derecho fundamental puede afectarse otro, lo que es incorrecto.

12. Asimismo si se observa con atención el artículo III del Título Preliminar del referido código, se puede apreciar que cuando expresa a que “(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales”, parte de la premisa de que existe un proceso abierto, en el que se puede ser flexibles con algunos actos procesales, denominados así precisamente porque ha existido admisión a trámite de la pretensión y por ende emplazamiento, razón por la que dicho argumento no puede ser utilizado erróneamente para justificar la emisión de una sentencia cuando el objeto del recurso es el cuestionamiento de un auto de rechazo liminar. De asumir dicha posición implicaría aceptar que a este Colegiado le es indiferente si la pretensión ha sido admitida a trámite o no, puesto que con proceso o sin él, siempre se encontrará en la facultad de emitir un pronunciamiento de fondo, rompiendo toda racionalidad del proceso, convirtiendo al proceso constitucional en aquel proceso sin garantías, en el que se afectan los derechos del que debiera ser emplazado. Con esto advierto que bajo esa lógica el Tribunal podría incluso resolver una demanda de amparo en instancia única, puesto que al ser indiferente para este Colegiado la existencia del proceso, no sería exigible la admisión a trámite la demanda y por ende la participación del demandado, por lo que podría resolver directamente la pretensión planteada.
13. Tal posición del Tribunal es para mí inaceptable y intolerable, razón por la que en reiteradas oportunidades he manifestado mi rechazo ante una decisión emitida con la participación de una de las partes, puesto que no se tiene en cuenta que al no haber participado el emplazado no se encuentra vinculado con la decisión, puesto que para él no tendrá legitimidad.
14. Algunos constitucionalistas han querido justificar el ingreso al fondo de la controversia con la denominada “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional. Tal autonomía ha sido concebida para la defensa cabal de los

derechos fundamentales, buscando dar flexibilidad a actos procesales que pudieran ser innecesarios para el objeto del proceso constitucional. Sin embargo tal autonomía no puede ser concebida por el Tribunal Constitucional como un instrumento para desnaturalizar el proceso, y mucho menos para que el Tribunal haga lo quiera, puesto que ello constituiría que no existirían reglas previamente impuestas sino que éstas se crearan en el camino, obligando a las partes a someterse a ellas, aunque éstas sean arbitrarias.

15. En tal sentido teniendo a la vista ambas posiciones y revisados los autos encuentro que efectivamente la demanda fue rechazada liminarmente, observándose que la empresa demandada ni siquiera se ha apersonado al proceso. Por ello afirmo que la empresa demandada no ha tenido participación alguna, razón por la que propiamente se le ha vedado su participación dentro del proceso, sin que exista algún argumento excepcional que pudiera justificar la emisión de dicha decisión.
16. Pero no solo advierto ello en el proyecto en mayoría, sino también que en un caso en el que no existe proceso ni demandado se están imponiendo reglas respecto a la admisión del proceso de amparo arbitral. La verdad es que considero en este voto un doble atrevimiento del tribunal cuando primero ingresa al fondo para rechazar definitivamente la demanda por infundada con una sentencia sin proceso y en contra de un auto de rechazo liminar, y segundo imponerle reglas a un demandado que por falta de conocimiento no ha sido escuchado en su defensa, siendo este el primer vinculado ante esa laguna procesal que se cierra.
17. Asimismo respecto a la imposición de dichas reglas debo manifestar que, conforme este Colegiado ha manifestado, no pueden existir islas exentas de control constitucional, razón por la que no considero admisible expresar tajantemente que no procede el amparo contra laudos arbitrales, puesto que puede darse el caso de una flagrante afectación de un derecho fundamental dentro de un proceso arbitral, lo que obligaría a este Tribunal a ingresar al fondo de la causa a efectos de sancionar el presunto acto lesivo. Por ende considero que si bien he expresado que existen casos presentados por personas jurídicas con fines de lucro que no tienen asidero en el proceso constitucional, vale decir también que existen casos excepcionales que ameritan intervención por parte de este Colegiado, situación que podría presentarse incluso en un proceso arbitral.

18. Siendo ello así corresponde verificar si en el caso de autos existe una situación de urgencia que amerite la intervención de este Colegiado, y como consecuencia de ello la admisión a trámite de la demanda de amparo propuesta. En tal sentido tenemos que en el presente caso se presenta una demanda que cuestiona la validez de un laudo arbitral, argumentando que el árbitro demandado no ha fundamentado debidamente su resolución, puesto que existe una incompatibilidad en la clausula tercera del Contrato de Cesión Minera en cuanto al momento de inicio de la exploración minera, agregando además que el laudo cuestionado se fundamenta en la invocación de normas impertinentes. Revisada los autos no encontramos una situación singular o excepcional que amerite que este Colegiado intervenga en la presente causa, debiéndose tener presente además que la normativa pertinente brinda al actor la posibilidad de acudir al proceso de anulación de laudo, de manera que la sociedad recurrente debe acudir a él.

19. Por lo expuesto considero que el auto de rechazo liminar debe ser confirmado, correspondiendo la desestimatoria de la demanda por improcedente.

Por estas consideraciones mi voto es porque se **CONFIRME** el auto de rechazo liminar, y en consecuencia se declare la **IMPROCEDENCIA** de la demanda de amparo propuesta.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00142-2011-PA/TC
LIMA
SOCIEDAD MINERA DE
RESPONSABILIDAD LTDA.
MARIA JULIA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI

Con el debido respeto a mis colegas magistrados considero pertinente emitir el presente fundamento de voto:

1. De acuerdo con la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008: *"Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo"*.
2. Esta Disposición introduce un cambio radical en el modo de concebir el recurso de anulación regulado en los artículos 62° a 66° del Decreto Legislativo N° 1071. Es decir, para el Legislador (delegado, en este caso), el recurso de anulación debe considerarse una vía idónea e igualmente satisfactoria y no una vía previa cuando se trata de cuestionar

actos de la jurisdicción arbitral. Y es que, desde mi punto de vista, el mal llamado "recurso" de anulación constituye en realidad un auténtico proceso judicial de impugnación del laudo arbitral.

3. El Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la primera línea de defensa de los derechos fundamentales corresponde a los jueces ordinarios por cuanto también ellos están vinculados directamente a la Constitución. En ese sentido, en el proceso judicial de impugnación de laudo arbitral, los jueces ordinarios deben verificar y garantizar que los derechos fundamentales se hayan respetado en el procedimiento del arbitraje y en el momento de dictar el laudo arbitral.
4. De este modo el Tribunal Constitucional no abdica de su función de defensa de los derechos fundamentales en el ámbito arbitral, sino que, por el contrario, permite que los jueces ordinarios actúen también como jueces constitucionales; esto último en el sentido que están obligados a impedir o reparar la lesión de dichos derechos. Más aún, a mi juicio, el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, a lo largo de su articulado, prevé diversas formas de garantizar los derechos fundamentales, como es fácil advertir de una lectura y análisis integral del mencionado Decreto Legislativo.
5. Y es que, desde el momento mismo en que se prevé y se regula el "recurso" de anulación, es evidente que quien participa en un procedimiento arbitral no renuncia a sus derechos fundamentales de justicia, en tanto tiene la posibilidad de recurrir a la vía judicial a través, precisamente, del proceso de impugnación del laudo arbitral. La intervención judicial, a través de un control posterior del arbitraje, elimina cualquier posibilidad de considerar al arbitraje como una isla desvinculada de los derechos fundamentales.
6. El propio Decreto Legislativo N° 1071 (artículo 3°.4) precisa que "*[n]inguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo (...)*". Es erróneo, por tanto, sostener que el arbitraje está exento de control judicial y, de otro lado, que no estén vinculados a los derechos

fundamentales de justicia esenciales en un Estado constitucional y democrático.

7. Dentro de este contexto pareciera que la intervención de la jurisdicción constitucional queda excluida. Ello no es así. La resolución judicial que pone fin a la impugnación del laudo arbitral puede, como es evidente, a tenor del artículo 200° inciso 2 de la Constitución, dar lugar a un proceso de amparo contra una resolución judicial, siendo exigible los presupuestos procesales para cuestionar la constitucionalidad de una decisión judicial.
8. El control constitucional de la resolución que resuelve el proceso de impugnación del laudo arbitral es, en mi opinión, verdaderamente excepcional, tanto por las garantías que ofrece para los derechos fundamentales el Decreto Legislativo N° 1071, como por la previsión del control judicial posterior a través del "recurso" de anulación. El verdadero problema se ubica, sin embargo, en determinar cuándo debe proceder el amparo contra resolución judicial que resuelve el "recurso" de anulación.
9. Pueden plantearse, como es obvio, diversos modelos de control. Considero, por mi parte, que son tres las exigencias elementales que debe cumplir quien recurre al amparo contra una resolución judicial emitida en el proceso de impugnación de laudo arbitral, a saber: (1) *agravio manifiesto*, lo cual quiere decir que el juez constitucional, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y sin requerir mayor actuación probatoria, se convenza de que existe la vulneración de un derecho fundamental; (2) *carga de la prueba*, según la cual la demostración del agravio manifiesto corresponde íntegramente a quien alega tal agravio; (3) *relevancia constitucional del petitorio*, lo que quiere decir que el amparo contra la decisión judicial que resuelve el "recurso" de anulación, no puede contener como pretensión la resolución de la cuestión objeto de controversia en el arbitraje, la modificación del laudo, la valoración de pruebas o la apreciación de los hechos, entre otros.
10. Dichas exigencias se justifican por lo señalado en el fundamento 8 del presente voto, que intrínsecamente contiene la siguiente regla: cuanto más garantías procesales y materiales contenga una ley que regula un

procedimiento específico y, además, prevea la intervención del juez ordinario, la intervención de la jurisdicción constitucional debe ser ostensiblemente menor. Con ello, como ya he señalado, la intervención de la jurisdicción constitucional debe ser verdaderamente excepcional y sólo en casos claros de violación de derechos fundamentales.

11. En la medida que el procedimiento arbitral se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las Partes, los derechos de justicia no se despliegan con la misma intensidad como sí lo hacen en los procesos judiciales. Existe, pues, una presunción de legitimidad de los actos y decisiones de los árbitros. Así como las leyes y las resoluciones judiciales, también las decisiones de los árbitros se presumen constitucionales. La contravención de los derechos fundamentales debe ser, por tanto, cumplidamente probada.
12. De otro lado, el reconocimiento del control difuso arbitral exige también resaltar que los tribunales arbitrales deben ejercer esta facultad con especial prudencia, a fin de no desnaturalizar el fundamento del arbitraje (el convenio arbitral). Así como una excesiva judicialización del arbitraje puede llevar a desconocer su carácter célere y alternativo de solución de conflictos sustentado esencialmente en la autonomía de la voluntad, una desvinculación absoluta de los derechos fundamentales es irrazonable en el actual Estado constitucional democrático.
13. Con todo, los árbitros no deben perder de vista que, en cierta forma y sentido, son también "jueces constitucionales", en tanto no es posible que realicen su labor de espaldas a la Constitución.

S.
URVIOLA HANI

EXP. N.º 01439-2013-PA/TC
LIMA
ACUARIO DE BUENOS
AIRES S.R.L.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de mayo de 2013 el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la empresa Acuario de Buenos Aires S.R.L., contra la resolución de fojas 396, su fecha 21 de diciembre de 2012, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de octubre de 2009, la empresa recurrente interpone demanda de amparo contra los jueces integrantes de la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, señores La Rosa Guillén, Niño Neira Ramos y Prado Castañeda, solicitando que se deje sin efecto: i) la sentencia de fecha 22 de junio de 2009, que desestimó su recurso de anulación contra laudo arbitral; y, ii) el laudo arbitral de fecha 27 de setiembre de 2007, expedido por el árbitro único Javier Castro Salinas. Sostiene que fue vencida en el proceso arbitral sobre demanda declarativa y otros seguido por Fiorelima S.A.C. contra ella (Caso Arbitral N.º 01119-040-2006), motivo por el cual interpuso recurso de anulación de laudo arbitral (Exp. N.º 02519-2007) argumentando que habiéndose planteado en la demanda dos pretensiones, una relacionada con la participación en el accionariado del Consorcio Ecolatina S.A.C., y la otra relacionada con la transferencia de acciones del Consorcio Ecolatina S.A.C., el árbitro único desvió el debate arbitral y se pronunció sobre la propiedad de unos bienes muebles (botes) aportados en la constitución del Consorcio Ecolatina S.A.C., aspecto este que no formó parte del petitorio de la demanda ni de los puntos controvertidos que las partes acordaron; sostiene que pese a ello su recurso de anulación fue desestimado por la Sala Comercial demandada, decisión que a su entender vulnera su derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que el árbitro único fue más allá de lo que se le había solicitado en la demanda arbitral.

La empresa Fiorelima S.A., con escrito de fecha 11 de diciembre de 2009, expone que el laudo arbitral cuestionado se ha pronunciado sobre las pretensiones de la demanda y sobre los puntos controvertidos acordados por las partes.

Los jueces integrantes de la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, con escrito de fecha 11 de diciembre de 2009, contestan la demanda argumentando que la resolución judicial cuestionada, en forma motivada, llegó a la conclusión de que el árbitro único se pronunció válidamente sobre los temas propuestos en la demanda arbitral.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Poder Judicial, con escrito de fecha 3 de febrero de 2010, contesta la demanda

argumentando que la resolución judicial cuestionada se encuentra revestida de legalidad.

El Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con resolución de fecha 22 de noviembre de 2012, declara fundada la demanda en el extremo referido al cuestionamiento de la resolución judicial que desestimó el recurso de anulación de laudo arbitral, al considerar que no se exponen ni se precisan las razones que sustentan la validez de la incorporación de nuevas pretensiones en el procedimiento arbitral, las cuales no formaron parte de las pretensiones planteadas por Fiorelima S.A. en su demanda arbitral. Asimismo, declara improcedente la solicitud de nulidad del laudo arbitral en aplicación del precedente vinculante recaído en la STC N.º 0142-2011-PA/TC.

A su turno, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara improcedente la demanda tras considerar que existía una justificación legal para que el árbitro único se pronuncie sobre la propiedad de los cinco botes pedalones entregados por la empresa Acuario de Buenos Aires S.R.L., siendo que fue pretensión de la demanda arbitral el mayor aporte efectuado en el Consorcio Ecolatina S.A.C.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La demanda de amparo tiene por objeto dejar sin efecto el laudo arbitral de fecha 27 de setiembre de 2007, que estimó la demanda arbitral, y la sentencia de fecha 22 de junio de 2009, que desestimó el recurso de anulación contra laudo arbitral, porque el árbitro único desvió el debate arbitral y se pronunció sobre la propiedad de unos bienes muebles (botes) aportados en la constitución del Consorcio Ecolatina S.A.C., aspecto este que no formó parte del petitorio de la demanda ni de los puntos controvertidos que las partes acordaron, situación que luego fue convalidada por la Sala Comercial demandada vía el recurso de anulación.
2. Expuestas así las pretensiones, este Tribunal considera necesario determinar a la luz de los hechos expuestos en la demanda y de los recaudos que obran en ella si se ha vulnerado el derecho constitucional a la debida motivación

de las resoluciones judiciales de la empresa recurrente, por haberse emitido decisión arbitral desviando el debate arbitral al pronunciarse sobre la propiedad de unos bienes muebles (botes) aportados en la constitución del Consorcio Ecolatina S.A.C., aspecto este que no formó parte del petitorio de la demanda ni de los puntos controvertidos que las partes acordaron, lo cual fue finalmente convalidado por el órgano judicial demandado vía el recurso de anulación.

El laudo arbitral y la vía procedimental específica igualmente satisfactoria para su cuestionamiento judicial

3. Con fecha 5 de octubre de 2011, el Tribunal Constitucional publicó en el diario oficial *El Peruano* la sentencia recaída en el Expediente N.º 001422011-PA/TC, que con calidad de precedente vinculante establece las nuevas reglas en materia de amparo contra las decisiones emanadas de la jurisdicción arbitral, estableciendo, igualmente (Cfr. Fundamento N.º 31), que a partir del día siguiente de su publicación, toda demanda que se encuentre en trámite y que no se ajuste al precedente vinculante allí establecido debe ser declarada improcedente.
4. En el referido precedente se ha establecido que el “recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje, y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5.º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional”, aun cuando este se plantee en defensa del debido proceso o de la tutela procesal efectiva (Fundamentos 20a y 20b); salvo las excepciones establecidas en el Fundamento N.º 21 de dicha sentencia, esto es: 1) cuando el laudo arbitral vulnera los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; 2) cuando en el laudo se hace un indebido ejercicio del control difuso de constitucionalidad; y, 3) en caso de que el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo arbitral, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14.º del Decreto Legislativo N.º 1071.

5. Conforme a lo expuesto, la pretensión de la empresa recurrente de dejar sin efecto el laudo arbitral de fecha 27 de setiembre de 2007, expedido por el árbitro único Javier Castro Salinas no puede ser atendida en este sede constitucional, al no encontrarse comprendida en los supuestos de procedencia del amparo arbitral que con calidad de precedente vinculante han sido establecidos por este Tribunal Constitucional.
6. Por lo tanto, este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente de conformidad con el fundamento N.º 31 de la sentencia que tiene la calidad de precedente vinculante.

El amparo contra una resolución judicial recaída en el trámite de un recurso de anulación de laudo arbitral

7. No obstante lo expuesto, en el fundamento 20f de la citada sentencia se estableció que “contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4.º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial”.
8. Al respecto, este Tribunal, en constante y reiterada jurisprudencia, ha destacado que el amparo contra resoluciones judiciales se encuentra circunscrito a cuestionar decisiones judiciales que vulneren de forma directa los derechos constitucionales de las personas. A juicio de este Tribunal, la irregularidad de una resolución judicial con relevancia constitucional se produce cada vez que ésta violenta cualquier derecho fundamental y no sólo en relación con los supuestos contemplados en el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional (Cfr. STC N.º 03179-2004-AA, Fundamento 14).

El control de las resoluciones judiciales y el test de la intensidad

9. Respecto del control constitucional de las resoluciones judiciales, nuestra jurisprudencia ha sido uniforme al considerar que el proceso de amparo es una vía excepcional que solo ha de proceder en situaciones de arbitrariedad manifiesta y cuando los recursos al interior del proceso hayan resultado ineficaces. También el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional, recogiendo nuestra jurisprudencia, estableció que el amparo contra resoluciones judiciales solo procedía respecto “de resoluciones judiciales

firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. Es improcedente cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo”.

10. En una de las decisiones que constituye ahora nuestro parámetro de control para estos supuestos, este Tribunal dejó establecidos los criterios que, a modo de pautas o principios, deben orientar el control que corresponde al Juez constitucional en la vía del proceso de amparo. En la STC N.º 031792004-AA/TC se precisó que el control constitucional de una resolución judicial debía tomar en cuenta los siguientes criterios: a) razonabilidad; b) coherencia; y, c) suficiencia.
 - a) Examen de razonabilidad.— Por el examen de razonabilidad, el Colegiado Constitucional debe evaluar si la revisión del (...) proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo invocado. Si bien el criterio de razonabilidad ha sido desarrollado con contenido diferente en nuestra jurisprudencia (Cfr. STC N.º 090-2003AA/TC o también la STC N.º 0045-2004-AI/TC), aquí este criterio expresa la necesidad de establecer un límite *razonable* a la función de control que corresponde al Colegiado. De este modo, el criterio de *razonabilidad* permite delimitar el ámbito del control, en la medida que el control de las resoluciones es también, en buena cuenta, control del proceso.
 - b) Examen de coherencia.— El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente a (...) la decisión judicial que se impugna (...). En buena cuenta se trata de un criterio de conexión entre el acto lesivo y el acto materia de control. La exigencia de coherencia permite controlar la legitimidad del juez constitucional a la hora de revisar una decisión judicial. Solo serán controlables aquellas resoluciones directamente vinculadas a la violación del derecho denunciada o delimitadas en tales términos por el juez constitucional, con base en el principio *iura novit curia*.
 - c) Examen de suficiencia.— Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión [*de la resolución judicial*], a fin de cautelar el derecho fundamental demandado. El examen de suficiencia permite, de este modo, fijar los

límites del control, esto es, hasta donde le alcanza legitimidad al juez constitucional de conformidad con lo que establece el artículo 1.º del Código Procesal Constitucional a efectos de hacer cumplir la finalidad de los procesos constitucionales, “*reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional*”.

Por tanto, en el control de las resoluciones judiciales resulta relevante establecer: a) *el ámbito del control* (el proceso en su conjunto o una resolución en particular); b) *la legitimidad del control* (solo resulta legítimo controlar aquellas resoluciones o actos directamente vinculados a la afectación de derechos); y, c) *la intensidad del control* (el control debe penetrar hasta donde sea necesario para el restablecimiento del ejercicio de los derechos invocados).

11. El criterio *intensidad del control* juega un rol relevante en aquellas situaciones en las que la vulneración de los derechos constitucionales se ha producido como consecuencia del ejercicio de la función jurisdiccional. En tal sentido, el proceso de amparo solo resultará una garantía procesal efectiva para los derechos si es capaz de retrotraer la actividad judicial hasta el momento anterior a la vulneración de los derechos invocados, y ello solo será posible si el juez constitucional tiene legitimidad para anular o dejar sin efecto, según sea el caso, todos y cada uno de los actos jurisdiccionales o decisiones que hayan sido tomadas con desconocimiento de los derechos fundamentales. Así, la intensidad del control hace referencia también a un examen de ponderación entre preservar una resolución judicial en aras de la seguridad jurídica que proyecta o enervarla para restablecer el ejercicio de algún derecho de naturaleza constitucional que se haya invocado en el ámbito de un proceso de amparo contra resolución judicial.

Sobre la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

Argumentos de la empresa demandante

12. Alega la demandante que, habiéndose planteado en la demanda arbitral dos pretensiones, una relacionada con la participación en el accionariado del Consorcio Ecolatina S.A.C., y la otra relacionada con la transferencia de

acciones del Consorcio Ecolatina S.A.C. el árbitro único desvió el debate arbitral y se pronunció sobre la propiedad de unos bienes muebles (botes) aportados en la constitución del Consorcio Ecolatina S.A.C., aspecto este que no formó parte del petitorio de la demanda ni de los puntos controvertidos de la misma.

Argumentos de los demandados.

13. Por su parte, los demandados afirman que el laudo arbitral cuestionado se ha pronunciado sobre las pretensiones de la demanda y sobre los puntos controvertidos acordados por las partes, siendo que la resolución judicial cuestionada ha sido emitida en forma motivada y se encuentra revestida de legalidad, porque llegó a la conclusión de que el árbitro único se pronunció válidamente sobre los temas propuestos en la demanda.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

14. Este Tribunal ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso (Cfr. STC N.º 03943-2006-PA/TC, Fundamento 4).
15. Asimismo, tiene reiterado que la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas –sean estos o no de carácter jurisdiccional– comporta que el órgano decisor y, en su caso, los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión; implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea breve o concisa. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso del que se deriva la resolución cuestionada. Así pues, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional.

16. No obstante lo dicho, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Tal afectación sólo se presenta siempre que dicha facultad se ejerza de manera arbitraria; es decir, cuando la decisión es, más bien, fruto del “decisionismo” que de la aplicación razonable del derecho en su conjunto.
17. Ya entrando al fondo del asunto, conviene precisar que si bien mediante el proceso de amparo de autos se cuestiona, además del laudo arbitral, la resolución judicial de fecha 22 de junio de 2009, que desestimó el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral emitido; de la demanda fluye que no se cuestiona de suyo dicha decisión judicial, sino los criterios contenidos en el propio laudo arbitral, lo cual, conforme quedó expuesto en el considerando 6, *supra*, resulta improcedente.
18. No obstante ello, atendiendo a la relevancia constitucional de lo planteado en la demanda de amparo, este Tribunal, aplicando el principio de suplencia de la queja, en virtud del cual “el Tribunal Constitucional (...) puede efectuar correcciones sobre el error o la omisión en la que incurre el demandante en el planteamiento de sus pretensiones, tanto al inicio del proceso como en su decurso” (Cfr. STC N° 05637-2006-AA/TC, Fundamento 14), procederá a determinar si la resolución judicial cuestionada (sentencia) de fecha 22 de junio de 2009, que desestimó el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral emitido por el árbitro único Javier Castro Salinas, respeta (o no) el contenido del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.
19. A tal efecto, se aprecia a fojas 30 en los *fundamentos de hecho* de la demanda de anulación, que la empresa recurrente sustentó su recurso de anulación de laudo arbitral invocando el artículo 73.6 de la Ley General de Arbitraje N.º 26572 (que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión del árbitro y se ha incurrido en motivación defectuosa), argumentando que el árbitro único resolvió más allá de lo que los puntos controvertidos le indicaban, pues se pronunció indebidamente sobre los aportes de botes pedales de fibra de vidrio realizados por Acuario de Buenos Aires S.R.L., siendo que ello no formó parte del petitorio ni mucho menos de los puntos controvertidos que las partes acordaron.

20. Absolviendo el recurso de anulación formulado, la Sala Comercial demandada desestimó el recurso de anulación de laudo arbitral (fojas 30), y en cuanto a la argumentación principal de Acuario de Buenos Aires S.R.L., fundamentó su decisión en que precisamente ella introdujo el debate acerca de la propiedad de los botes, lo cual motivó la emisión de una respuesta coherente de la Sala Comercial demandada, por lo que tampoco se afectó el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Así las cosas, se aprecia, entonces, que la resolución judicial cuestionada se encuentra debidamente motivada, y al margen de que sus fundamentos resulten compartidos o no en su integridad por la empresa recurrente, constituyen justificaciones que respaldaron la decisión emitida en el recurso de anulación de laudo arbitral.
21. Por lo expuesto, este Tribunal declara que, en el presente caso, no se ha afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, reconocido en el artículo 139.º de la Constitución Política del Perú.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo concerniente a la pretensión de declarar la nulidad del laudo arbitral de fecha 27 de setiembre de 2007, expedido por el árbitro único Javier Castro Salinas.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo contra resolución judicial al no haberse acreditado la afectación de derecho constitucional alguno de la empresa recurrente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC
LIMA
FERNANDO CANTUARIAS
SALAVERRY**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes febrero de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el Fundamento de voto, adjunto, del magistrado Gonzales Ojeda

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 476, su fecha 19 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 13 de mayo de 2005, don Renee Quispe Silva interpone demanda de hábeas corpus como procurador oficioso del abogado Fernando Cantuarias Salaverry, contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa, puesto que dicho Fiscal formalizó denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry, mediante acusación de fecha 10 de mayo de 2005, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y el Estado, respectivamente.

Fundamentos de hecho:

- Fernando Cantuarias Salaverry fue designado para integrar un Tribunal Arbitral con los señores Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, colegiado que llevó a cabo el proceso arbitral entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante Algamarca) y Minera Sulliden Shahuindo SAC (en adelante Sulliden).
- En el referido proceso arbitral, el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry fue recusado por Algamarca, alegando que su padre se desempeñaba, conjuntamente con el doctor Enrique Lastres Berninzon –representante de Sulliden en el proceso arbitral-, como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S.A. El planteamiento de recusación señala, además, que en 1996 Fernando Cantuarias Salaverry había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S.A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS.
- Mediante Resolución N.º 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral declaró infundada dicha recusación.
- El 2 de diciembre de 2004, Algamarca plantea un pedido de nulidad sustancial de la resolución que declaró infundada la recusación, aduciendo que Fernando Cantuarias Salaverry era socio del Estudio Jurídico *Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanocich Abogados* y, por tanto, se encontraba impedido de intervenir como árbitro teniendo

aparente interés personal. Ante este planteamiento, el recurrente afirmó que en junio de 1996 se retiró de la calidad de abogado de planta del estudio de su padre, para aceptar la designación de Gerente Legal de COFOPRI mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial *El Peruano*.

- Sin embargo, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N.º 97, de fecha 30 de diciembre de 2004, desestimó la nulidad por considerar que ninguno de los hechos nuevos daban lugar a recusación alguna y, además, declaró improcedente la renuncia presentada por Cantuarias Salaverry.
- Frente a ello, el 27 de enero de 2005 Algamarca acudió a la vía penal, donde el fiscal demandado denunció a Fernando Cantuarias Salaverry por delitos de falsedad genérica y fraude procesal. Contra dicha resolución el recurrente interpone la presente demanda de hábeas corpus.

Fundamentos de derecho:

- En el expediente formado en mérito a la denuncia interpuesta en contra del doctor Cantuarias Salaverry, no se han actuado las pruebas suficientes y necesarias para crear convicción en el titular del despacho de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima sobre la concurrencia de elementos suficientes que justifiquen el ejercicio de la acción penal en su contra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94º de la Ley Orgánica del Ministerio Público. De esta forma, se ha vulnerado el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva (artículos 4º y 25º, último párrafo del Código Procesal Constitucional).
- Se ha vulnerado el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, pues el demandado Fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, ha emitido una arbitraria denuncia sin efectuar el proceso de subsunción típica. Es decir, no establece por qué los hechos que describe son típicos conforme a los artículos 438º y 416º del Código Penal, ya que sólo describe hechos sin argumentar jurídicamente, lo que viola, además, el principio de legalidad previsto en el artículo 2º, inciso 14, literal d) de la Constitución Política.
- Se ha afectado igualmente el derecho de defensa, pues el beneficiario de la presente acción no fue citado por la autoridad correspondiente para efectuar su descargos, conforme lo establece el artículo 139º, inciso 14 de la Constitución Política. El Fiscal demandado formalizó denuncia sin que se haya recibido la correspondiente declaración indagatoria de Cantuarias Salaverry.
- Procede la interposición de un hábeas corpus preventivo porque existe la amenaza inminente de que se inicie un proceso penal en contra del beneficiario sobre la base

de una denuncia violatoria de la Constitución y la legalidad. Y se podrían dictar medidas cautelares en su contra que afectarían su libertad o su patrimonio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de mayo de 2005, el doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, se apersona al proceso y formula descargos sosteniendo que no existe vulneración de los derechos constitucionales del demandante, pues durante la investigación indagatoria se le reconocieron las garantías necesarias para hacer valer sus derechos. Agrega que formalizó denuncia porque existen suficientes elementos de cargo que lo vinculan con el ilícito penal investigado, criterio que es compartido por el órgano jurisdiccional, pues el Sexto Juzgado Penal de Lima procedió a abrir instrucción; de modo contrario hubiera dispuesto el No Ha Lugar a la apertura de instrucción.

Con fecha 18 de mayo de 2005 se apersona al proceso el Procurador Público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, señor Rolando Alfonso Martel Chang, y contesta la demanda solicitando que se declare improcedente, por los siguientes fundamentos:

Fundamentos de hecho:

- Pese a que se argumenta que el fiscal accionado procedió a abrir instrucción a escondidas y sin otorgarle al señor Fernando Cantuarias Salaverry derecho de defensa, esta información no se ajusta a la realidad, pues el señor Cantuarias ha tenido pleno conocimiento de esta investigación, habiendo sido citado por el fiscal hasta en cuatro oportunidades para que rinda su declaración indagatoria; sin embargo, no concurrió en ningún momento.
- El señor Cantuarias no argumenta ni prueba las razones por las cuales no serían válidas las notificaciones que él mismo ha acompañado al escrito de su demanda.
- La investigación fiscal no se realizó sin actividad probatoria puesto que el señor Cantuarias tuvo oportunidad de presentar sus descargos con relación al delito imputado. Adicionalmente, atendiendo la solicitud del señor Cantuarias, el fiscal solicitó la declaración del señor Jorge Santistevan de Noriega y del señor Víctor Ávila Cabrera, los mismos que no concurrieron a las citaciones efectuadas.
- Durante la investigación no se privó al accionante del derecho a ser escuchado por el Fiscal porque incluso se programó un informe oral a su petición, que tampoco efectuó alegando que la actividad probatoria no había concluido. Argumento que resultaría impertinente por no contar con asidero legal.

- No se trata de una amenaza cierta e inminente a un derecho constitucional, puesto que existe la posibilidad de que, efectuada la denuncia fiscal, el juez decida archivar el caso.

Fundamentos de derecho:

- En el caso de autos, el fiscal procedió a abrir investigación fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo 94º, numeral 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que señala que el Fiscal puede optar entre abrir investigación en el ámbito fiscal o formalizar la correspondiente denuncia penal en su calidad de titular de la acción penal.
- La ley no ordena que el Fiscal actúe la totalidad de medios probatorios que sean ofrecidos por las partes para formalizar la denuncia. Por tanto, el fiscal demandado no habría cometido infracción alguna al actuar los elementos probatorios que consideró necesarios.
- En concordancia con lo dispuesto por el artículo 94º del Ministerio Público, el Fiscal demandado procedió a formalizar su denuncia penal por considerar que contaba con el material probatorio necesario para llevarla a cabo.
- Conforme a lo establecido por el artículo 200º, inciso 1, el hábeas corpus procede cuando se amenaza la libertad individual o derechos conexos. Pero esta amenaza debe ser interpretada comocierta e inminente, para que sea tal; y no meramente subjetiva o conjetural, como ocurre en el presente caso.

3. Resolución de primera instancia

Con fecha 7 de junio de junio de 2005, el Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, declara fundada la demanda de hábeas corpus; por los siguientes fundamentos:

- a. El demandado violó el derecho de defensa del accionante al haberlo denunciado sin que se le haya tomado su declaración hasta en cuatro oportunidades, las cuales resultaron inválidas, excepto la última de ellas, respecto de la cual se solicitó reprogramación. Así, la primera notificación del juzgado llegó a un domicilio distinto, la segunda al domicilio señalado en autos, pero un día después de programada la diligencia, la tercera nuevamente a un domicilio distinto y la cuarta a su domicilio, que fue la única notificación válida que citaba a Cantuarias Salaverry para el 5 de mayo de 2005, ante lo cual la defensa pidió una nueva fecha y hora, obteniéndose por toda respuesta la denuncia fiscal por parte del demandado.
- b. Ante esta decisión fiscal, el demandante manifestó la imposibilidad legal de efectuar el informe oral porque no se habían actuado aún los medios probatorios que él había

ofrecido en su defensa, sin que el Fiscal atienda dicho pedido. Ello desnaturaliza la finalidad del acto procesal en referencia desde que el informe oral de los abogados ante el magistrado decidor tiene que producirse necesariamente al término de la actividad probatoria, y no antes, ya que se trata de exposiciones finales de defensa cuando el estado de la causa es precisamente el de decisión terminal.

- c. Asimismo, la resolución expresa que el Ministerio Público emitió, no contiene pronunciamiento alguno sobre la procedencia o improcedencia de algunos de los descargos, los que servirían para formar un criterio razonable al momento de adoptar la decisión.
- d. La investigación fiscal preliminar se ha desarrollado con un desorden que niega la adecuada organización, ya que no existe una resolución que abra dicho proceso de investigación y las pruebas han sido acumuladas de manera irracional y no sistematizada, lo que, a no dudar, afecta el derecho del denunciado al debido proceso legal.

4. Resolución de segunda instancia

Con fecha 19 de julio de 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, emite la resolución de fojas 476 que revocando la apelada, declara infundada la demanda, por los siguientes fundamentos:

- a. La denuncia fiscal, porque en ella se llega a establecer la relación laboral indirecta entre el recurrente y el doctor Lastres Berninzon, en la Compañía Minera Poderosa S.A., que contrató los servicios del Estudio Jurídico *Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados*, del cual el doctor Cantuarias Salaverry es socio.
- b. El hecho de haberse notificado al denunciado a efectos de que asista a la toma de su declaración indagatoria y el apersonamiento de su abogado al proceso, desvirtúan la indefensión acotada.
- c. La denuncia es una prerrogativa que la Constitución y la Ley Orgánica le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el órgano jurisdiccional, o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, en el presente caso, al existir participación del favorecido en la etapa prejudicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, no se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

III. DATOS GENERALES

1. Petitorio constitucional

- Se declare la insubsistencia de la denuncia fiscal de fecha 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial por el fiscal demandado contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry.
- Se ordene notificar al Juez Penal de Lima para que asuma la calificación de la denuncia fiscal, y disponga su devolución a la Trigésimo Octava Fiscalía Penal de Lima, de modo que sea remitida a la Fiscalía Decana correspondiente a fin de que ésta disponga que la denuncia sea calificada por otro fiscal.

2. Materias constitucionalmente relevantes

Respecto a las condiciones de procedibilidad de la presente demanda de hábeas corpus, corresponde señalar que, en el caso, el cuestionamiento de la investigación fiscal de fecha 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial en contra del recurrente, hace necesario que este Colegiado, como cuestión previa, efectúe un análisis de los supuestos de excepción que habiliten la intervención de la jurisdicción ordinaria en un proceso arbitral. Ello con el objeto de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como doctrina jurisprudencial constitucional para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia ordinaria como de la justicia constitucional especializada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI, *in fine*, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

- Justificación de la institución arbitral.
- Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral.
- Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales.
- Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad.

2. EL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL PENAL

- Actividad fiscal previa al inicio del proceso penal.
La investigación y posterior acusación fiscal.
 - *Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables: Principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de legalidad; debido proceso y tutela jurisdiccional.*
- Investigación, acusación fiscal y proceso de hábeas corpus.
 - *Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal*

- *Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal*

IV. FUNDAMENTOS

1. Según la Constitución, todo acto u omisión que vulnere o amenace la libertad personal o algún derecho conexo amerita la presentación de una demanda de hábeas corpus por quien se sienta afectado (artículo 200°, inciso 1). Tal como lo prescribe el Código Procesal Constitucional, se considera como derecho conexo a la libertad personal el referido a la tutela procesal efectiva (artículo 4°).
Por tal razón, es pertinente que se plantee la presente demanda de hábeas corpus sobre la base de una supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva del demandante, por lo que este Colegiado se encuentra habilitado para responder a las inquietudes formuladas sobre la base de un análisis constitucional estricto y *pro homine* de la denuncia fiscal cuestionada.
2. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*). Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional. Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante^[1], con el que mantiene una diferencia de grado.

§1 EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

§1.1. Justificación de la institución

3. A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde “jueces particulares”, a través de un laudo, toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.
Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo.
4. El desarrollo de esta institución en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos

comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional *ad hoc* a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica.

En el Perú el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado, además forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos N.ºs 758 y 662.

§1.2. Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral

5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139º, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).
6. De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos.
7. Sin embargo, el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.
Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139º); constitucional (artículo 202º) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149º), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución; siempre que dichas

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

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado “(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho”^[2].

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

9. Asimismo, 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^[3].

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

11. Es justamente, 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 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º 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 51º 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 desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.
13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una

de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

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

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

§1.3. Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales

§ *Principio de autonomía de la voluntad y jurisdicción arbitral*

15. Conforme lo señala el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje, N.° 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.
16. La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de Derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal a de la Constitución, y que, en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes:

- a) Una negativa: En cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas^[4].
- b) Una positiva: En cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición, es decir, plantea la conceptualización, si bien de modo no absoluto, del arbitraje como un derecho fundamental.

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados. En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del *orden público constitucional*, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43° de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

19. El ejercicio de las potestades jurisdiccionales –ordinaria o constitucional- no puede ni debe ser, desde luego, abusivo, ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial -las libertades de contratar y de empresa-.

§ *Principio de interdicción de la arbitrariedad*

20. El principio de interdicción de la arbitrariedad^[5] es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31° *in fine* de la Carta Fundamental^[6].

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes.

§1.4. Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139°, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad

21. Quienes se inclinan por la irrevisabilidad de los laudos arbitrales se sustentan en el artículo 4° de la Ley N.° 26572, que establece que, salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral, así como en el artículo 59°, que otorga a los laudos arbitrales carácter definitivo, estableciendo que contra ellos no procede alguno, salvo el recurso de apelación y de nulidad.

Una interpretación formal propia del valorismo legalista de la Ley N.° 26572, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución expedida por un tribunal arbitral es incuestionable en sede constitucional, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona. Mas, pretender interpretar la Constitución a partir del mandato legal de la Ley N.°

26572, vaciando de contenido el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución (artículo 51° de la Constitución), configurado en el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, no es atendible para defender la irrevisabilidad absoluta de las resoluciones de los tribunales arbitrales.

Además, resulta manifiestamente contrario al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución).

22. Por otro lado, el último párrafo del artículo 103° de la Constitución establece que ésta no ampara el abuso del derecho, por lo que el ejercicio de poder jurisdiccional ordinario, y con mayor razón el excepcional, será legítimo si es ejercido en salvaguarda del cumplimiento de los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de los mismos y de las resoluciones dictadas por este Tribunal (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal

Constitucional), el cumplimiento de las sentencias que constituyan precedente vinculante (artículo VII del Código Procesal Constitucional) y el respeto al derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 4° del Código Procesal Constitucional).

23. Por los fundamentos precedentes, a juicio de este Colegiado, es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Esta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4° del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral.

§3. ACTIVIDAD FISCAL PREVIA AL INICIO DEL PROCESO PENAL

24. Habiendo desarrollado el marco constitucional de la jurisdicción arbitral; y tomando en consideración que el petitorio constitucional del recurrente está orientado a cuestionar el procedimiento de investigación fiscal y posterior acusación que llevó a cabo la parte demandada, se procederá a analizar –aunque de manera preliminar– algunos aspectos relacionados con la actividad fiscal previa al inicio del proceso judicial penal.
25. La Constitución establece, en el artículo 159°, inciso 1, que corresponde al Ministerio Público la misión de promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; asimismo, el inciso 5) del mismo artículo constitucional encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte. En ese sentido, corresponde a los fiscales –representantes del Ministerio Público– hacer ejercicio de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal si lo estiman procedente, conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo N° 52.
26. En cumplimiento de las atribuciones que le han sido conferidas constitucional y legalmente, la labor del fiscal se extiende a lo largo de todo el proceso penal; sin embargo, es preciso analizar su labor en el procedimiento que antecede al inicio del proceso judicial.

§3.1. Investigación y posterior acusación fiscal

27. El Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito (artículo 159°, inciso 4 de la Constitución); por ende, una vez que un hecho presuntamente

delictivo es denunciado, el fiscal puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el juez penal^[7]. En el primer supuesto, el fiscal no cuenta con elementos suficientes que ameriten la formalización de la denuncia, por lo que se procede a iniciar una investigación orientada a obtener elementos que sustenten su acusación ante el Juez Penal; ello fluye del texto del artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el extremo que señala: “(...) cuando se hubiese reunido la prueba que estimase suficiente [el fiscal] procederá a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor^[8] como se deja establecido en el presente artículo”.

28. Respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: “(...) no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados”.^[9] Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional.

§3.2. Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables

29. La labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías que orientan su normal desenvolvimiento para que éste sea conforme a la Constitución.

§ *Principio de interdicción de la arbitrariedad*

30. Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: "a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad". (Exp. N° 090-2004 AA/TC).

Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la

investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

§ *Principio de legalidad en la función constitucional*

31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley.

§ *Debido proceso y tutela jurisdiccional*

32. Al respecto, este Colegiado ha reconocido que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (Exp. N.º 1268-2001 HC/TC). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, según el cual "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

§3.3. Hábeas corpus y procedimiento de investigación fiscal

33. A continuación se analizará el petitorio constitucional del demandante, cuyos extremos son: que se declare la nulidad de la denuncia fiscal, de fecha 10 de mayo de 2005, formalizada en contra del recurrente por el fiscal demandado; y que se notifique al juez que haya asumido la calificación de la denuncia, a efectos de que la devuelva al Ministerio Público para que ésta sea calificada nuevamente, este vez por otro fiscal. El presunto agraviado sustenta, para tal efecto, la interposición de un hábeas corpus de tipo reparador respecto a los derechos que han sido vulnerados por el demandado al momento de realizar la investigación fiscal; y, asimismo, la interposición de un

hábeas corpus de tipo preventivo, frente a la amenaza de su libertad individual y derechos conexos como consecuencia de la denuncia que se ha formalizado en su contra.

§ ***Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal***

34. Respecto del hábeas corpus reparador, es preciso señalar que dicha modalidad representa la modalidad clásica o inicial del hábeas corpus, la misma que se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Se presenta, por ejemplo, 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; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, entre otros. (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC).
35. En el caso de autos, el demandante promueve esta modalidad de hábeas corpus porque considera que la investigación fiscal llevada a cabo por el demandado se ha desarrollado con absoluta prescindencia del respeto a las garantías que brinda el derecho a la tutela procesal efectiva, derecho protegido a través del proceso de hábeas corpus de conformidad con el artículo 4º del Código Procesal Constitucional.
36. Sobre este punto, es preciso tomar en consideración que la actividad del fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas directamente a la autoridad judicial. En efecto, la imposición de medidas coercitivas, restrictivas de la libertad o derechos conexos, son atribuciones que la Constitución no ha conferido al Ministerio Público, puesto que su investigación, en todo caso, puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial; pero la imposición de medidas coercitivas como la comparecencia o la detención preventiva, son medidas propias de la instancia judicial y serán adoptadas previa valoración y motivación del juez competente. En consecuencia, el procedimiento de investigación fiscal no incide de manera directa en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona.
37. En este orden de ideas, las presuntas irregularidades llevadas a cabo por el fiscal demandado no dan lugar a la interposición de un hábeas corpus correctivo, por lo que, en adelante, el pedido del recurrente será analizado a la luz de la tutela que brinda el hábeas corpus de tipo preventivo.

§ ***Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal***

38. El presunto agraviado formula demanda de hábeas corpus preventivo contra la amenaza que se cierne sobre su libertad individual y derechos constitucionales

conexos como consecuencia de la acusación formulada por el fiscal demandado. Al respecto, es preciso tomar en consideración que, tal como lo dispone el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución, el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. En este caso, la actuación del juez constitucional es anterior al acto violatorio de la libertad individual o derechos conexos, pues se procede ante una amenaza.

39. Sobre el hábeas corpus preventivo y a efectos de valorar la amenaza frente a la cual procede este proceso constitucional, este Colegiado ha sostenido que: “ (...) se debe comprobar: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir, que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en vía de ejecución, no entendiéndose por tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones”. (Exp. 31712003 HC/TC).
40. Como ha sido dicho anteriormente, dado que el fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad o derechos conexos, en principio no se configuraría una amenaza cierta e inminente de algún derecho tutelable por el hábeas corpus. No obstante, es preciso tomar en consideración que si bien la denuncia fiscal no vincula al juez –el mismo que sólo abrirá instrucción si considera que de la denuncia fluyen indicios suficientes o elementos de juicio que razonablemente revelen la existencia de un delito–, en cambio, sí constituye un importante indicativo para el juez, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado.
41. Este Colegiado no considera que esta situación se haya configurado en el caso de autos, toda vez que la denuncia formalizada ante el juez penal ha sido construida sobre la base de las investigaciones efectuadas por el fiscal y los documentos proporcionados por Algamarca. No obstante, surge un cuestionamiento en torno al hecho de que no se haya contado con la declaración indagatoria del investigado. Esta resultaría ser una observación válida si el procedimiento de investigación fiscal se hubiera llevado “a escondidas” como se sugiere en la demanda; sin embargo, este calificativo no se condice con el hecho de que el señor Cantuarias Salaverry fue debidamente notificado (al menos en una oportunidad) del procedimiento de investigación fiscal que se le seguía.
42. El recurrente, por tanto, tuvo oportunidad de apersonarse al procedimiento de investigación fiscal y lo hizo a través de su abogado, el mismo que presentó escritos e incluso solicitó que se actuaran diversos medios probatorios. Respecto de esta solicitud, el fiscal no llevó a cabo la actuación de todos los medios probatorios

solicitados por el demandante; no obstante, atendió a su pedido en el extremo en el que solicitó se recabara la declaración indagatoria de los otros dos miembros del tribunal arbitral. Finalmente, esta diligencia no se llevó a cabo porque ambos árbitros solicitaron una reprogramación, lo cual no tuvo lugar pues el fiscal no realizó una nueva citación.

43. De lo actuado también se desprende que el fiscal demandado citó a informe oral a la defensa del recurrente; sin embargo, ésta volvió a solicitar que se programe una nueva fecha porque consideró que se debía esperar a que la investigación preliminar concluya. En este escenario, no resulta desproporcionado que ante las pruebas merituadas y las constantes solicitudes de reprogramación que venían siendo formuladas, el fiscal haya formalizado denuncia sobre la base de los elementos con los cuales, efectivamente, contaba.
44. En cuanto a la denuncia fiscal, esta se ajusta a lo dispuesto por el artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, según el cual, si el fiscal estima procedente formalizar denuncia ante el juez penal “(...) expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente.”
45. Partiendo de las consideraciones que han sido previamente expuestas, este Colegiado no considera que el recurrente se encuentre frente a una amenaza cierta e inminente de su derecho a la libertad individual o algún derecho conexo, puesto que no se ha producido la formalización de una denuncia manifiestamente arbitraria, orientada a inducir a error al juez a fin de que dé inicio a un proceso penal en contra del investigado.
46. Si bien, a la fecha, es posible constatar que la denuncia formalizada por el fiscal demandado dio lugar a que se abriera instrucción en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverry, no se ha dictado mandato de detención en su contra y se ha motivado debidamente el mandato de comparecencia restringida que fue dictado en su lugar. En efecto, este mandato de comparecencia no puede ser considerado como una concreción de la amenaza alegada por el recurrente, toda vez que esta medida ha sido dictada en el ejercicio legítimo de las atribuciones que han sido conferidas al juez penal.
47. Se advierte, por tanto, que en el presente caso no se configuran los supuestos necesarios para la procedencia del proceso constitucional de hábeas corpus y que el petitorio constitucional del presunto agraviado –declarar la insubsistencia del auto apertorio de instrucción– sin que se haya acreditado la existencia de una amenaza cierta e inminente de su libertad individual o derechos constitucionales conexos,

importaría que este Tribunal se subroge en las facultades que le han sido constitucional y legalmente conferidas a los representantes del Ministerio Público.

48. Sin perjuicio de la decisión adoptada por este Colegiado, se deja a salvo el derecho del recurrente respecto de la posible injerencia que el proceso penal iniciado en su contra puede suscitar de manera ilegítima en su labor como miembro del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca; ello en tanto y en cuanto se podría estar pretendiendo trasladar, indebidamente, al ámbito penal controversias que tienen carácter civil o comercial y que han sido oportunamente sometidas al ámbito de la jurisdicción arbitral por las partes involucradas. De ser este el caso, el recurrente podrá hacer valer su derecho en la vía ordinaria correspondiente, que deberá seguir los criterios vinculantes de esta sentencia, a efectos de no sesgar la autonomía e independencia con la que cuenta la jurisdicción arbitral en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.
49. De conformidad con el artículo VI *in fine* del Título Preliminar Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos N.º 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar que los fundamentos jurídicos N.ºs 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

SS.

**GARCÍA TOMA GONZALES OJEDA ALVA ORLANDINI BARDELLI
LARTIRIGROYEN LANDA ARROYO**

EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC
LIMA
FERNANDO CANTUARIAS
SALAVERRY

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, si bien manifiesto mi acuerdo con la decisión expresada en el fallo, sin embargo, no lo estoy con algunos de los argumentos que allí se expresan.

1. En primer lugar, he de indicar que si bien existen casos anteriores en los que el Tribunal Constitucional ha expresado que los derechos fundamentales también vinculan en el ámbito del arbitraje, al ser componente esencial del llamado orden público constitucional, sin embargo, es la primera vez que este Tribunal se detiene en el análisis de los rasgos constitucionales que le son propios a la institución. Y se ha aproximado, según mi modesto entender, esclareciendo algunos aspectos que en la doctrina y jurisprudencia no estaban del todo claros, pero también en otros –por fortuna los menos–, sin esclarecerlos, sino, contribuyendo a prolongar un debate que, desde un punto de vista constitucional, no debería haberse planteado. Así sucede, por ejemplo, cuando se persiste en denominar a la institución como "jurisdicción arbitral" o como una "jurisdicción de carácter eminentemente privado" y, lo que a mi juicio es más grave, que se señale que los árbitros tienen la competencia de las competencias (Fundamentos 7, 8 y 11, respectivamente), o que el arbitraje, en sí mismo considerado, sea un derecho fundamental (fundamento N.º. 20).
2. Por lo que hace al primer tema, he de indicar que la "Jurisdicción" es una potestad que originariamente corresponde al Pueblo como titular de la soberanía. En el Estado

Constitucional de Derecho no hay jurisdicciones (en plural), sino una sola, como recuerda la primera parte del artículo 138° de la Constitución, al establecer que "La potestad de administrar justicia emana del pueblo (...)".

Como única potestad que es, dictada una Constitución, como acto de ejercicio pleno de la soberanía popular, el pueblo soberano, materializado en la decisión constituyente, encomienda su ejercicio al Estado. Éste, en el Estado legal de derecho, lo ejercía únicamente el Poder Judicial. En el Estado social y democrático de derecho, en cambio, el ejercicio de esa potestad se distribuye entre una serie de órganos constitucionales de carácter estatal (v.g Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Poder Judicial), para lo cual define los ámbitos objetivo-materiales de las competencias de cada uno de ellos.

Con ello se quiere decir, por un lado, que en el Estado social y democrático de derecho no hay pluralidad de jurisdicciones y, de otro, que su ejercicio sólo está confiado a determinados órganos *estatales*. Mediante su ejercicio, se administra la justicia o, como modernamente se suele sostener, se presta el servicio público de tutela jurisdiccional, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas y, secundariamente, para la composición de los litigios, o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase (o adoptar medidas de seguridad ante ellos), mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.

Así, la función jurisdiccional resulta la expresión de un poder del Estado y esto no sólo es una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquellos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho.

Lo que significa que no hay ejercicio de jurisdicción privada o de "carácter eminentemente privado", como se afirma en el Fund. Jur. N° 8 de la sentencia. Es bien cierto que, en diversos apartados, la Constitución ha garantizado formas e instituciones de composición de conflictos no estatales, como el arbitraje o aquella que prestan las comunidades campesinas. Y lo ha hecho señalando, por ejemplo, que "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral" o que "Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas (...), pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (...)". Es decir, dando la sensación, a partir de una interpretación literal de los preceptos en los que se enuncian, que tanto el arbitraje como la composición de conflictos por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas constituyen ejercicio de una cuota de la jurisdicción.

¿La composición de conflictos mediante dichos institutos o entes constituye un ejercicio de la jurisdicción? La respuesta, a mi juicio, como entiendo sucede en casi toda la doctrina nacional que se ha dedicado seriamente al tema, es que no. No sólo por lo que antes se ha dicho. (que la jurisdicción es única y ésta la ejercen los órganos estatales en nombre del Pueblo); sino, además, porque a la misma conclusión se puede arribar al comprender, en la unidad que representa la Constitución, que el vocablo "jurisdicción" utilizado por los artículos 139.1° y 149° de la Constitución, y también en otros de la misma Ley Fundamental, no tiene un significado unívoco.

En algunos casos, con la expresión "jurisdicción" el constituyente designa lo que en términos de derecho judicial es, una cuestión de competencia (v.g art. 2.24, "f"). En otros, con la misma voz se alude al espacio territorial dentro del cual un órgano del Estado ejerce sus competencias (v.g art. 31 y 74); se declara la reserva de jurisdicción a favor del propio Estado (v.g art. 54), se dispone la posibilidad de exceptuar el conocimiento de determinadas materias a los órganos jurisdiccionales del Estado (art. 63) o se establece los límites a su ejercicio por parte de determinados funcionarios estatales, como los jueces (v.g art. 146).

No hay, pues, un único sentido o significado con el que se haya atribuido a la voz "jurisdicción". De modo que no siempre que se la utilice la Ley Fundamental hay que entenderla en el sentido de la potestad jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia.

Es en el sentido constitucionalmente polisémico del término "jurisdicción" en el que, a mi juicio, debe entenderse el artículo 139.1 de la Constitución. En definitiva, no en el sentido de que el arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas, constituya una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino como la garantía constitucional de un instituto –el arbitraje en sí mismo–. Por su virtud, pues, se garantiza y otorga validez a una forma compositiva de controversias, de carácter no estatal, en los temas previamente delimitados y limitados por la ley, entre las personas que libremente decidan resolver sus diferencias por medio de éste.

Entonces, puede decirse que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en al voluntad de las partes, por medio de la cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal.

Por otro lado, si bien es cierto que el arbitraje resuelve el conflicto sometido a su conocimiento en una forma de *litis* y que declara derecho, no se puede afirmar que este acto o actos del arbitraje constituyan el factor que lo califican como función jurisdiccional, así se sostenga que dichos actos son jurídicos o tengan connotación jurídica. Además, sus decisiones no son necesariamente definitivas, ya que pueden ser recurridas ante el Poder Judicial en apelación o anulación, y los árbitros carecen de potestad coercitiva, es decir, no están en la capacidad de hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplirlas, en cuyo caso tienen que recurrir al Poder Judicial solicitando su intervención con el propósito de lograr la ejecución forzada de sus mandatos.

Sin duda, la forma del procedimiento del titular de la jurisdicción, el Poder Judicial, es totalmente diferente. Sus decisiones son firmes y en algunos casos causan jurisprudencia, pero además los jueces tienen la capacidad de hacer cumplir sus decisiones e inclusive pueden usar la fuerza pública. En cambio, los laudos arbitrales tienen la característica de incidir en el ámbito declarativo de los derechos, mas nunca en el ejecutivo. Ello explica porque si una parte decide no cumplir con un laudo o con lo pactado en un procedimiento conciliatorio, la única salida que tiene el sujeto afectado con dicho incumplimiento es la vía judicial (precisamente actuando el título ejecutivo –laudo o acta conciliatoria–).

Igualmente, las decisiones expedidas por parte de la jurisdicción estatal tienen la posibilidad de adquirir inmutabilidad absoluta o autoridad de la cosa juzgada. Situación que no se verifica en otras zonas compositivas donde las decisiones pueden ser revisadas, con mayores o menores limitaciones, por la justicia estatal. En estos últimos supuestos se suele hablar de inmutabilidad relativa o preclusión. Pero, definitivamente, la jurisdicción estatal es la única que tiene la característica básica de la universalidad, en el sentido de que las otras técnicas compositivas han sido creadas únicamente para tipos específicos de controversias, mientras que la jurisdicción estatal protege de cualquier tipo de derecho, sin importar que esté o no previsto expresamente por ley.

3. Lo anterior es el presupuesto para señalar también mis diferencias en torno a la afirmación según la cual el arbitraje es un derecho fundamental (Fund. Jur. N.º 16). No hay un derecho fundamental al arbitraje. Al contrario, el derecho fundamental de toda persona, en el Estado social y democrático de Derecho, es la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción estatal o, en los términos que hemos empleado en nuestra jurisprudencia sobre el tema, acceder a un tribunal de justicia. En cambio, el arbitraje es un instituto que, en la medida que se ha previsto en la Constitución, ha quedado constitucionalmente garantizado, de modo que el legislador no puede disponer libremente de él, a no ser que la suprima mediante una reforma constitucional (lo que no se puede hacer con los derechos fundamentales, ni siquiera siguiéndose dicho procedimiento de revisión constitucional).

Salvo que con dicha afirmación se haya querido decir que una determinada controversia puede ser sustraída de su resolución de un órgano de la jurisdicción estatal mediante una decisión que comporta el ejercicio de un derecho fundamental; en cuyo caso estaría plenamente de acuerdo. Y es que cuando se decide libremente que la solución de una controversia se realice mediante el arbitraje, en los casos legalmente permitidos, ello comporta, por un lado, una renuncia al ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, pero de otro, también el ejercicio de la libertad de acción.

4. Finalmente, quisiera expresar que, la generalidad con la que se ha planteado el tema en la sentencia puede suscitar alguna confusión. Allí se ha dicho que la realización del arbitraje ha de sujetarse al respeto de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Y ello es así puesto que, como se tiene dicho en la jurisprudencia de este Tribunal, no hay zona alguna del ordenamiento jurídico en la que los poderes públicos o los particulares puedan actuar desconociendo a la Constitución y su sistema material de valores representados por los derechos fundamentales.

El problema, sin embargo, radica en que dicha afirmación, en su generalidad, adolece de deficiencias e insuficiencias. La primera porque resulta claro que la decisión de someter una controversia a la solución de un arbitraje, comporta la renuncia a una serie de derechos fundamentales de carácter esencialmente procesal. Además del acceso a la justicia, que la presupone, también existe una renuncia al derecho al juez predeterminado por la ley o a la pluralidad de la instancia, por citar algunos casos. En otros casos, el contenido constitucionalmente protegido de alguno de los derechos de orden procesal tienen un alcance menor respecto si la controversia hubiese sido sometida a un tribunal de justicia de carácter estatal. Así sucede, por ejemplo, con el derecho al juez imparcial, puesto que en determinados casos, cada una de las partes elige a un árbitro, y estos, a su vez, a un presidente del Tribunal Arbitral. De modo que si en relación a este último puede predicarse la necesidad de su imparcialidad, no necesariamente sucede lo mismo con los árbitros nombrados por las partes.

Además, la afirmación genérica expresada en el Fund. Jur. N.º 20 de la sentencia peca de insuficiencia, pues resulta claro que no sólo los derechos de orden procesal vinculan en el arbitraje. Todos los derechos fundamentales vinculan a todos, de modo que incluso en las relaciones *inter privatos*, es deber de los individuos cuidar porque estos no resulten lesionados. En ese sentido, es bueno recordar que en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional se destaca que los derechos fundamentales -todos y no sólo los de orden procesal- tienen como sujetos obligados a su respeto a los poderes públicos (eficacia vertical de los derechos), sino, además, a los propios particulares (eficacia horizontal de los derechos), entre los cuales se encuentra, como antes se ha dicho, la composición privada de conflictos mediante el arbitraje.

Con estas salvedades, que como indiqué en la introducción de este voto, no afectan al sentido de lo resuelto por la sentencia, es que la suscribo.

**SR.
GONZALES OJEDA**

^[1] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0024-2003AI/TC, *Caso Municipalidad de Lurín*.

^[2] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2003AI/TC. *Caso Jurisdicción Militar*. (Fundamento 13) ^[3] Ibidem, Fundamento 25.

^[4] MONTERO AROCA, Juan. “Comentarios al artículo 1”. En: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas, 1990, p. 20.

**EXPS. 6149-2006-PA/TC Y
6662-2006-PA/TC
LIMA
MINERA SULLIDEN
SHAHUINDO S.A.C. y
COMPAÑÍA DE EXPLORACIONES ALGAMARCA
S.A.**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento singular del magistrado Gonzales Ojeda y el voto singular del magistrado Bardelli Lartirigoyen

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Sulliden Shahuindo S.A.C. contra la Resolución de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 50 del segundo cuaderno del expediente 6149-2006-PA/TC, su fecha 17 de marzo de 2006; y recurso de agravio constitucional interpuesto por José Humberto Abanto Verástegui, abogado y Director Gerente General de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de

Justicia de Lima, de fojas 841 del expediente 6662-2006-PA/TC, su fecha 27 de abril de 2006, que declaran improcedentes las demandas de amparo de autos.

I. ANTECEDENTES

1. ACUMULACIÓN

Habiéndose realizado la vista de la causa en audiencia pública de ambas causas, el Pleno del Tribunal, mediante resolución de fecha 24 de agosto de 2006, dispuso que los actuados en los expedientes 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC se acumulen en atención a su afinidad causal, dado que lo resuelto en el primero afectará de manera directa al segundo.

2. Amparo promovido por la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. contra la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima (expediente 6149-2006-PA/TC)

Con fecha 24 de enero de 2005, la Compañía Sulliden Shahuindo S.A.C. interpone demanda de amparo contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima con el objeto de que se deje sin efecto la resolución s/n, de fecha 14 de abril de 2005, y se reponga la eficacia de la resolución N.º 1, de fecha 9 de marzo de 2005, expedida por el Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo,

2.1 Alegaciones de la demandante

La recurrente sostiene que con la resolución emitida por la Sala emplazada se violaron sus derechos al debido proceso, específicamente su derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley; a la defensa, a la motivación de resoluciones y el principio de la doble instancia. Puntualiza que se han lesionado dichos derechos fundamentales, puesto que: a) ordenó que una demanda contra una decisión dictada en el procedimiento arbitral, sea tramitada ante el Juez de Primera Instancia, y no ante la Sala Superior; b) se expidió la resolución cuestionada, sin que se le notificara de la apelación, conforme a los artículos 47 y 58 del Código Procesal Constitucional. c) la resolución cuestionada carece de motivación lógica, razonada y suficiente; y d) la resolución cuestionada se pronunció sobre aspectos que no fueron materia de apelación.

Mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2005, la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. interpuso excepción de incompetencia, argumentando que en la medida que las resoluciones arbitrales son homologables a las resoluciones judiciales,

(...) las primeras se encuentran sujetas a los mismos requisitos previstos para las segundas (...) En este sentido, tanto el artículo 4º como el 51º del Código Procesal Constitucional también serían de aplicación para el caso de las demandas de amparo contra las resoluciones arbitrales distintas al laudo. Dentro de esta línea de razonamiento, vuestro Despacho en opinión de nuestra parte no resulta

competente para conocer de la presente demanda, sino la Sala Civil competente de la Corte Superior de Justicia de Lima^[1].

El mismo argumento, sólo que esta vez como violación del derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, volvió a ser sugerido por la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., en la demanda de amparo acumulada, en la que se solicita se deje sin efecto la resolución s/n, de fecha 14 de abril de 2005, expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante la cual se revocó el auto que declaró improcedente la demanda, y ordenó que el Juez Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo admita la demanda de amparo interpuesta por la Compañía Minera Algamarca S.A. contra los miembros del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca, así como contra la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. A su juicio,

(...) conforme al artículo 51 del Código Procesal Constitucional concordante con el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política, [la demanda] debió ser interpuesta y tramitada ante la Sala competente de la Corte Superior de Justicia de Lima^[2].

En ese sentido, considera que:

(...) no existe razón valedera para no aplicar el trámite previsto en dicha norma procesal constitucional a las resoluciones arbitrales, las cuales se expiden dentro del ejercicio de una función jurisdiccional por parte del órgano jurisdiccional arbitral. Para estos efectos, no puede escapar al recto criterio del juzgador que nuestra Constitución Política vigente en su artículo 139º inciso 3, expresamente reconoce la existencia de la jurisdicción arbitral.

Además, en forma contradictoria, en la Resolución s/n de fecha 14 de abril de 2005 materia de análisis se señala que la tramitación de impugnación de laudo arbitral se sigue ante la Corte Superior, para a continuación concluir que dicho trámite no incluye a las otras resoluciones arbitrales distintas del laudo (...)^[3].

En el escrito que contiene la expresión de agravios del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de fecha 7 de junio de 2005, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima –mediante la cual se declaró improcedente, *in limine*, su demanda–, Minera Sulliden Shahuindo S.A.C agregó que

Siendo el arbitraje una institución que ejerce funciones jurisdiccionales, las decisiones que se toman al interior del proceso arbitral deben ser homologadas como resoluciones judiciales (...).

Si las decisiones tomadas al interior de un proceso arbitral, son efectuadas en mérito a la atribución constitucional de administrar justicia; debe concluirse que las decisiones arbitrales se deben homologar a las resoluciones judiciales. En éste (sic) sentido debe interpretarse que el art. 4to. del Código Procesal Constitucional es aplicable también a las resoluciones dictadas por la jurisdicción arbitral. Las resoluciones dictadas en el proceso arbitral pueden resolver un incidente como

poner fin al procedimiento. La jurisdicción arbitral ejerce su función durante todo el procedimiento, y no sólo cuando dicta el laudo que es la resolución que pone fin al procedimiento. La distinción entre el laudo y las demás resoluciones que se dictan al interior del procedimiento arbitral no tienen sustento legal ni tampoco lógico (...) ^[4].

2.2 Apreciaciones de los miembros del Tribunal Arbitral

Los miembros del Tribunal Arbitral Sulliden-Algarca manifiestan que una resolución arbitral no es semejante a una resolución judicial, como se ha sugerido en la demanda presentada por la Compañía de Exploraciones Algarca S.A. Asimismo, refieren que

(...) la demandante de amparo ha interpuesto la demanda ante su despacho, señor Juez, y no ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia, órgano competente cuando se trata de procesos de amparo respecto de resoluciones arbitrales que, por la propia argumentación de la demandante, equivaldría a las resoluciones judiciales a las que se refiere el segundo párrafo del artículo 51° del Código Procesal Constitucional ^[5].

2.3 Apreciaciones de la Compañía de Exploraciones Algarca

La Compañía de Exploraciones Algarca, en su escrito de fecha 17 de mayo de 2005, expresa que:

La incuestionable competencia del honorable Primer Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo es otro tema resuelto por el fallo de la respetable Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, y que los miembros del tribunal arbitral emplazado pretenden reponer a la discusión. El órgano jurisdiccional superior acogió la oposición que oportunamente planteé, a que sea interpretada exclusivamente la restricción al juez natural de amparo, contenida en el artículo 51 del Código Procesal Civil ^[6].

2.4 Consideraciones vertidas en la resolución expedida por la Cuarta Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

Los magistrados de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima no se han apersonado al proceso. Lo ha hecho, sin embargo, el Procurador Público adjunto de los asuntos judiciales del Poder Judicial.

Sin embargo, de la resolución de fecha 14 de abril de 2005, expedida por la demandada Cuarta Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, y que se cuestiona en la demanda de amparo acumulada, es posible inferirse el argumento que ésta tuvo para considerar que debía admitirse la demanda de amparo contra resoluciones emanadas de un procedimiento arbitral por el Juez Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo. Éste,

en esencia, es que el artículo 139°.1 de la Constitución no equipara al Poder Judicial con la jurisdicción arbitral, sino simplemente se limita a reconocerlo en el plano constitucional. En ese sentido,

(...) si bien es cierto el artículo 51 del Código Procesal Constitucional, señala que si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior de Justicia, también lo es que el artículo 63 de la Ley General de Arbitraje indica que es competente para conocer de **la apelación del laudo** de derecho, la Sala Civil de la Corte Superior, por lo que, estando a que las resoluciones que se cuestionan son las emitidas en el procedimiento arbitral mas no el laudo, no correspondería a la Sala Civil, conocer en primera y única instancia la presente causa, por lo que sería competente para su conocimiento y trámite el Juzgado Civil correspondiente (negritas en el original)^[7].

2.5 Pronunciamientos en sede judicial del amparo

Mediante resolución de fecha 7 de junio de 2005, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que lo que busca el recurrente es un nuevo pronunciamiento del órgano jurisdiccional dentro de un proceso llevado regularmente, y que, por ello, debe aplicarse el inciso 6) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Dicha resolución, a su vez, fue confirmada por la resolución de fecha 16 de marzo de 2006, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Sucintamente, el argumento para confirmar la resolución recurrida fue que no existe una violación del derecho a la tutela procesal efectiva y que lo que pretende en realidad la demandante es cuestionar

(...) la interpretación que ha dado la Sala Superior a las normas procesales relacionadas con la competencia, lo que no constituye materia del amparo en este proceso que no puede erigirse en una supra instancia revisora de decisiones firmes recaídas en otro, pues la circunstancia de que la recurrente difiera del criterio jurisdiccional del Colegiado emplazado no convierte en irregular el proceso constitucional que se cuestiona^[8].

Interpuesto y concedido el recurso de agravio constitucional, los actuados fueron elevados al Tribunal Constitucional.

§3. Amparo promovido por la Compañía de Exploraciones Algamarca contra el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca (expediente 6662-2006-PA/TC)

Con fecha 24 de enero de 2005, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. interpone demanda de amparo contra los miembros del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca, doctores Jorge Santistevan de Noriega, Fernando Cantuarias Salaverry y Víctor Ávila Cabrera ante el Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo, con el objeto de que se dejen sin efecto las resoluciones N° 106, 108, 109, 110, 112, 114, 115, 116, 121, 124 y 125 expedidas por los emplazados, mediante las cuales se fijó el procedimiento y se resolvieron la recusación planteada en su contra así como los recursos de reposición presentados contra las referidas resoluciones arbitrales. Sostiene que los árbitros han realizado una interpretación constitucionalmente inaceptable del artículo 31° de la Ley General de Arbitraje, la misma que supone violación del derecho al debido proceso.

3.1 Alegaciones de la demandante

Sostiene que el 11 de noviembre de 2002 se suscribió un contrato de transferencia de propiedades mineras entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A, la Compañía Minera Algamarca S.A. y la Sociedad Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., en el cual se insertó un convenio arbitral.

Corre en los actuados que la recurrente, Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., cuestionó, *ab initio*, el procedimiento arbitral por considerar que el contrato de transferencia de propiedades mineras es nulo, ya que su representante al momento de suscribirlo, no contaba con el poder suficiente para celebrarlo; y, por ende, también el convenio arbitral inserto.

Iniciado el proceso arbitral, la recurrente promovió un incidente de recusación contra el doctor Fernando Cantuarias Salaverry, miembro del Tribunal Arbitral SullidenAlgamarca sobre la base de los siguientes fundamentos:

- a) Que como siempre rechazó la validez del convenio arbitral, Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. no tenía por qué nombrar al árbitro que por ley le correspondía.
- b) Que, ante este hecho, el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía designó como árbitro al señor Fernando Cantuarias Salaverry, a solicitud de la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.
- c) Que el nombramiento del árbitro Cantuarias Salaverry se hizo con la participación del señor Enrique Lastres Berninzon, director del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía.

- d) Que el señor Enrique Lastres Berninzon, a su vez, ejerce la representación legal de la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.
- e) Que en 1996, el señor Enrique Lastres Berninzon fue accionista y miembro del directorio de la Compañía Minera Poderosa S.A.
- f) Que en esta empresa también formaba parte del directorio el señor Fernando Cantuarias Alfaro, padre del árbitro recusado Fernando Cantuarias Salaverry.
- g) Que en 1996, la Compañía Minera Poderosa S.A. sostuvo un proceso arbitral con la empresa Minero Pataza S.A.
- h) Que para este arbitraje, la Compañía Minera Poderosa S.A. contrató los servicios profesionales del señor Fernando Cantuarias Salaverry.

En opinión de la demandante, la concatenación de todos estos hechos constituye una clara vulneración del artículo 29° de la Ley General de Arbitraje, N.° 26572, que establece que “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación, y el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su omisión”.

Los árbitros Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera declararon infundada la recusación deducida por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. por considerar, entre otras cosas:

- a) Que el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry reconoció su participación como abogado defensor de la Compañía Minera Poderosa S.A. y que su actuación “se limitó a suscribir dos escritos en 1996 y nada más”.
- b) Que la relación entre el árbitro Cantuarias Salaverry con la empresa en la que el señor Lastres Berninzon fue director en fecha lejana (1996), era “puramente circunstancial”.
- c) Que como abogado de la Compañía Minera Poderosa S.A., el árbitro recusado “se limitó a solicitar la prórroga del plazo para contestar la demanda (mediante escrito del 5 de marzo de 1996) e impugnar la competencia de dicho Tribunal Arbitral (mediante escrito del 12 de marzo de mismo año), alegando a tal efecto, entre otras cosas, el desistimiento previo de la parte demandante en dicho proceso”.

- d) Que la vinculación entre el doctor Lastres Berninzon y el árbitro recusado se limitó a un lapso de 4 meses (de marzo a junio de 1996), período en el cual “elaboró consultas jurídicas sobre materia arbitral sin que ninguna de ellas tuviera relación con el doctor Lastres Berninzon, ni con las partes involucradas en el presente arbitraje, ni con el asunto materia de la presente controversia”.
- e) Que el tiempo transcurrido entre los hechos que son materia de recusación (1996) y el presente arbitraje (2004) supone una notoria lejanía con relación a la actuación como árbitro del recusado, “sin que haya demostración o comprobación alguna de elemento adicional que permita razonablemente afirmar que pueda haber vinculación actual y sustantiva entre el representante legal de la demandante y el árbitro aludido”.
- f) Que el nombramiento del árbitro recusado por parte del Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, debe relativizarse, pues se trata de una decisión tomada por un órgano colegiado; y que no se ha probado que el recusado “haya sido contratado por el doctor Lastres, y que haya sido codefensor y supervisado por el doctor Lastres, teniendo en consideración que en dicho momento el árbitro recusado trabajaba en un estudio de abogados de propiedad de su padre en el cual la supervisión –de haberla- la tendría el socio a cargo del cliente, es decir el doctor Cantuarias Alfaro”.
- g) Que la recusación no se ha efectuado en el tiempo inmediatamente después de conocida la causa y dentro del plazo probatorio, sin que al respecto la parte recusante haya ofrecido detalle o prueba sobre la referida inmediatez.

Frente a la resolución de los árbitros Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, que declara infundada la recusación contra el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. interpuso una nueva recusación, pero esta vez contra el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca en pleno. Ante esta situación, el propio Tribunal Arbitral, mediante resolución N° 98, de fecha 19 de enero de 2005, fijó el procedimiento para la resolución de la recusación planteada en su contra. El demandante cuestiona tal procedimiento, ya que según lo allí dispuesto, dos miembros del Tribunal habrían resuelto la recusación respecto de uno, sin considerar que la recusación ha sido planteada contra todos. Asimismo, alega que esta fórmula de desdoblamiento del Tribunal no garantiza la imparcialidad de la decisión resolutoria, violando el derecho al debido proceso.

3.2 Violación del derecho al debido proceso (alegaciones de las partes)

3.2.1 Apreciaciones de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.

La recurrente alega que se ha lesionado el derecho al debido proceso, como consecuencia de que una vez que planteó la recusación de la totalidad de los integrantes del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca, sin embargo, éste procedió a fijar un procedimiento para su resolución, consistente en el desdoblamiento del Tribunal en salas o grupos de trabajo, de tal forma que cuando la recusación alcanza a uno de los árbitros, los otros dos resuelven, y así sucesivamente.

3.2.2 Apreciaciones de los miembros del Tribunal Arbitral Algamarca-Sulliden

Los demandados consideran que las resoluciones que ha emitido el Tribunal se han sujetado al debido proceso y a lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje.

3.3 Violación del derecho a ser juzgado por un Tribunal Arbitral imparcial (alegaciones de las partes)

3.3.1 Alegaciones de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.

La recurrente aduce que se ha lesionado su derecho al debido proceso. Según afirma, una vez que planteó la recusación contra el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca en pleno, éste procedió a fijar para su resolución un procedimiento consistente en el desdoblamiento del Tribunal en salas o grupos de trabajo, de tal forma que cuando la recusación alcance a uno de los árbitros, los otros dos resuelven.

En ese sentido, considera que

(...) es constitucionalmente inaceptable y constituye una amenaza a los principios y derechos que inspiran el proceso en el ordenamiento jurídico peruano –entendiendo por éste, tanto las normas constitucionales como las normas de inferior jerarquía– suponer que un cuestionamiento de la competencia subjetiva de los miembros de un tribunal arbitral pueda ser resuelto por aquellos que son objeto del cuestionamiento mismo. No hay término medio, o se respeta la heterocomposición –remitiendo como es debido el incidente para su resolución a un tercero ajeno a la disputa– o se hace tabla rasa de ella y, naturalmente, se violan las garantías del debido proceso^[9].

Afirma, igualmente, que en la medida que la recusación supone un conflicto surgido entre las partes y quién o quiénes tienen a su cargo resolver el procedimiento arbitral, es lógico que exista la necesidad de reconducir la absolución de tal recusación a un tercero imparcial que no se encuentre directa, o indirectamente, involucrado. Por ello, considera el demandante que la fórmula asumida por el Tribunal Arbitral es violatoria de su derecho al debido proceso:

La opción interpretativa asumida por el tribunal arbitral demandado constituye, en y por sí, una amenaza cierta y de inminente realización contra el derecho al debido proceso legal, en general, y del derecho a un juez competente, independiente e imparcial, en especial; pues, coloca la resolución de una recusación exactamente en manos de quienes son objeto de ella. La vulneración se verificaría con la resolución propiamente dicha, pues el juzgador parcial –o sea, lo contrario de un juzgador propiamente dicho- habría emitido pronunciamiento^[10].

Asimismo, expresa que la fórmula fijada por el Tribunal Arbitral no está en condiciones de garantizar el principio jurisdiccional de imparcialidad en sus decisiones

(...) porque todos y cada uno de los miembros del tribunal son parte en el incidente de recusación y porque el hecho que configura la causal los involucra a todos ellos sin distingo. Lo que equivale a decir que están imposibilitados para ser imparciales^[11].

3.3.2 Apreciación de los miembros del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca

Los demandados consideran que las resoluciones que ha emitido el Tribunal se han sujetado al debido proceso y a lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje. En ese sentido, aducen que

(...) el Tribunal Arbitral ha respetado escrupulosamente lo dispuesto por dicha norma al señalar que la recusación interpuesta contra el Tribunal Arbitral sería resuelta por mayoría absoluta sin el voto del recusado por tratarse de un arbitraje colegiado, toda vez que la interpretación del Juez Especializado en lo Civil únicamente resulta procedente cuando el arbitraje es unipersonal.

Asimismo, al momento de resolverse la recusación interpuesta mediante el escrito del 09 de diciembre de 2004, se ha respetado el derecho al debido proceso de las partes intervinientes en el proceso arbitral pues tal como es de verse de las resoluciones 114, 115, y 116, éstas fueron resueltas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31° de la Ley General de Arbitraje, esto es, sin la intervención del árbitro recusado^[12]

3.3.3 Apreciaciones de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.

A juicio de la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., para analizar el sustento de la presente demanda, es preciso observar tres elementos:

(...) a saber: i) si la recusación interpuesta contra los 3 árbitros era procedente conforme [a] las reglas de la Ley General de Arbitraje Ley N°. 26572; ii) si la demandante tiene legitimidad activa para demandar; y iii) si la[s] decisiones cuestionadas de los árbitros al momento de resolver la recusación en su contra viola o no lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley General del Arbitraje (...) ^[13].

En relación al primer aspecto, sostiene que la recusación es manifiestamente improcedente, por dos razones. En primer lugar,

(...) porque tal como fluye de la propia exposición de los hechos alegados en la demanda, se trata de una recusación en `cascada`, es decir, se trata de una recusación contra los árbitros por haber resuelto `mal` una recusación anterior. Desde esta perspectiva, esta segunda recusación funge más de medio impugnatorio encubierto, más que propiamente una nueva recusación (sic)^[14].

En segundo lugar,

(...) porque el artículo 31° de la Ley general de Arbitraje dispone expresamente que: `(...) la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente de conocida la causa que lo motiva`. Pues bien, resulta que luego que se expidiera la resolución arbitral N°. 75 del 25 de noviembre de 2004, Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. no recusó a los árbitros por basarse en un hecho falso, sino que interpuso primero un recurso de nulidad contra dicha resolución (...). Una semana después, es que recién recusa a los tres árbitros mediante escrito s/n de fecha 9 de diciembre de 2004^[15].

En relación con la falta de legitimidad activa, alega que la demandante consintió la lesión,

(...) al no recurrir oportunamente de ella [la resolución arbitral N°. 106, de 19 de enero de 2005] en vía de amparo, pues dejó transcurrir el plazo de 30 (treinta) días hábiles que tenía para ello, por aplicación del artículo 44 del Código Procesal Constitucional^[16].

Finalmente, sostiene

(...) la literalidad del artículo 31 de la Ley General de Arbitraje no permite concluir que el Tribunal Arbitral esté obligado a remitir al Poder Judicial la recusación formulada en contra de todos sus integrantes. (...) conforme a las reglas del proceso arbitral establecidas por el propio Tribunal Arbitral al momento de instalarse, el tribunal por delegación de las partes cuenta con la atribución de interpretar las normas aplicables al caso sometido a su conocimiento. Indudablemente entre ellas se encuentra[n] las disposiciones de la Ley General de Arbitraje, incluyendo el artículo 31 de ella^[17].

En ese sentido, advierte que

(...) que la accionante debe acreditar, vencida las barreras de la improcedencia y falta de legitimidad antes precisadas, que el Tribunal Arbitral ha incurrido en una interpretación arbitraria y no razonable del artículo 31° de la Ley General de Arbitraje. En otras palabras, no es suficiente para declarar fundada la demanda de

amparo que el órgano jurisdiccional judicial arribe a una interpretación distinta de la mencionada norma, sino, además, que determine que la interpretación hecha por el Tribunal Arbitral por delegación de las partes es arbitraria y no razonable^[18].

3.3.4 Pronunciamientos en sede judicial del amparo

Con fecha 9 de marzo de 2005, el Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo declaró improcedente, *in limine*, la demanda, por considerar que se debió promover el proceso ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior de Justicia, conforme al artículo 51° del Código Procesal Constitucional. La recurrida, por su parte, declaró nula la apelada y ordenó que el *a quo* emita nueva resolución.

Con fecha 27 de abril de 2005, el mismo Juzgado Mixto de Villa María del Triunfo admitió a trámite la demanda y, mediante resolución N° 27 de fecha 10 de agosto de 2005, declaró infundadas las excepciones de incompetencia, prescripción extintiva y de falta de legitimidad para obrar del demandante propuestas por la demandada, e infundado el amparo.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia del 27 de abril de 2006, revocó la apelada y, reformándola, declaró improcedente la demanda, por considerar, esencialmente, que de conformidad con el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la STC 6167-2005-PHC/TC, el cuestionamiento de una resolución expedida por un tribunal arbitral sólo puede realizarse cuando se ha resuelto el fondo del asunto sometido a su competencia.

Interpuesto y concedido el recurso de agravio constitucional, los actuados fueron elevados al Tribunal Constitucional.

II. FUNDAMENTOS

§1. Aspecto procesales que deben dilucidarse en la presente causa

1. Para ventilar la controversia planteada es necesario abordar las posiciones planteadas desde el derecho procesal constitucional, como presupuesto para ingresar al fondo de ella.

En este sentido, dado que se ha impugnado la competencia del Juez para conocer una demanda contra resoluciones emanadas de un proceso arbitral, así como los

fundamentos en los que se sustenta el rechazo liminar de la demanda 61492006 PA/TC, este Colegiado, en primer lugar, deberá afrontar dichas cuestiones atendiendo a lo dispuesto en el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional

§1.2 Competencia judicial en el amparo arbitral (¿Juez Civil o Sala Civil de la Corte Superior?)

2. El Tribunal observa que, en el proceso acumulado, la Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. interpuso su demanda de amparo contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente 6149-2006-PA/TC), por considerar, entre otras cosas, que se habría lesionado su derecho a no ser desviada del juez predeterminado por la ley. Dicha violación se habría producido, a su juicio, porque el órgano jurisdiccional emplazado ordenó que una demanda de amparo contra resoluciones emanadas de un procedimiento arbitral sea admitida por el Juez de Primera Instancia, y no se siga su trámite ante la Corte Superior de Justicia de Lima. De otro lado, en el proceso signado con el N° 6662-2006-PA/TC, la Compañía Sulliden Shahuindo S.A.C. también se ha sustentado en la misma argumentación, concluyendo en una denuncia relativa al incumplimiento de un presupuesto procesal del presente amparo arbitral, a saber, el régimen de la competencia judicial para las resoluciones emanadas en un proceso arbitral.
3. Ciertamente, un petitorio de esa naturaleza tiene la condición de una pretensión principal. Y, como tal, debería ser objeto de un pronunciamiento sobre el fondo. Sin embargo, el Tribunal considera que su dilucidación corresponde a la etapa de verificación de los presupuestos procesales del amparo arbitral, teniendo en cuenta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la jurisdicción predeterminada por ley y la doctrina jurisprudencial al respecto.
4. En la doctrina jurisprudencial de este Tribunal se tiene expresado que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la jurisdicción predeterminada por ley los problemas vinculados con la determinación de la competencia territorial, cuantía, turno, grado, etc., de un juez.

Así, por ejemplo, en la Resolución 5397-2005-PA/TC, este Tribunal declaró que

(...) mediante el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley se garantiza que el juzgamiento de una persona o la resolución de una controversia determinada, cualquiera sea la materia, no sea realizada por "órganos jurisdiccionales de excepción" o por "comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación", sino por "un juez o un órgano que ejerza potestad jurisdiccional", cuya competencia haya sido previamente determinada por la ley; es decir, que el caso judicial sea resuelto por un juez cuya competencia necesariamente deba haberse establecido en virtud de una ley con anterioridad al

inicio del proceso, garantizándose de ese modo que nadie sea juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc (Cf. STC 1076-2003-HC/TC, 0290-2002HC/TC; 1013-2003-HC/TC, entre otras)¹⁹¹.

Posteriormente, se expresó:

4. Que dentro del contenido esencial del derecho el juez natural constitucionalmente protegido por el amparo, ciertamente no se encuentra la determinación de la competencia territorial de un juez o en general los conflictos de competencia jurisdiccional en razón de cualesquiera de los criterios legalmente contemplados por el ordenamiento procesal (cuantía, turno, grado, etc). Ello es así por cuanto el derecho constitucional que se alega no es el derecho al juez "determinado", sino como se expresa en el referido inciso 3), del artículo 139° de la Constitución, al juez "predeterminado" es decir, aquel señalado en la ley. Por ello, el sufijo "pre" –de evidente connotación temporal– tiene la propiedad de modular los alcances, la finalidad y el interés que mediante este derecho se persigue proteger. De modo que la dilucidación de la competencia de un juez en función del domicilio del demandado o por el lugar donde se encuentra el bien en controversia, (...) al no formar parte del contenido esencial constitucionalmente garantizado, es una atribución que le corresponde determinar a la jurisdicción ordinaria, sin posibilidad de que ésta se pueda cuestionar en sede de la justicia constitucional de la libertad²⁰¹.

5. Sobre el particular, el Tribunal observa que el artículo 51° del Código Procesal Constitucional establece que:

“Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio.

La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda”

6. El Tribunal reitera, asimismo, que en su jurisprudencia sobre el artículo 51° del Código Procesal Constitucional y, antes, sobre el artículo 29° de la Ley N° 23506 – que también establecía un régimen semejante–, siempre se ha considerado que el régimen de competencia previsto en el segundo párrafo del Código acotado es exclusivo del amparo contra resoluciones judiciales, y que éste no se extiende, por analogía, a ningún otro acto reclamado, incluso si éste último es expedido en procedimientos de naturaleza jurisdiccional (como el amparo electoral) o en otros de

naturaleza análoga (como es el caso de los actos dictados por tribunales administrativos o arbitrales).

Así, por ejemplo, en materia de amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, este Tribunal ha considerado la validez de la relación jurídico procesal iniciada ante el Juez de Primera Instancia de la estructura orgánica del Poder Judicial, dando por sobreentendido que la competencia diferenciada prevista por los antes referidos preceptos legales, sólo son aplicables cuando se cuestionan resoluciones emanadas en un proceso seguido ante el Poder Judicial [Cf., por último, la STC 27302006-PA/TC].

7. No ha sido ajena a este Tribunal la preocupación por la inexistencia de reglas *ad hoc* de competencia judicial, por ejemplo, en materia de amparo electoral, dados los riesgos que podrían generarse en determinados supuestos para la continuidad del proceso electoral y para los principios constitucionales que con él se encuentran involucrados^[21].

No obstante, y aun con todos los riesgos que entonces se advirtieron en el caso del amparo electoral, la jurisprudencia del Tribunal es unánime en considerar que las reglas de competencia establecidas para el amparo contra resoluciones judiciales no son aplicables al caso del amparo electoral.

8. Del mismo criterio ha sido este Tribunal cuando ha tenido que evaluar la impugnación de resoluciones arbitrales a través del proceso de amparo. A tal efecto, el Tribunal recuerda que en la STC 1567-2006-PA/TC, en la que eran partes los mismos sujetos procesales que ahora intervienen en el proceso acumulado, si bien se declaró improcedente la demanda, el criterio que esencialmente sirvió para ello fue que no se habían interpuesto los medios impugnatorios que la Ley General del Arbitraje prevé para el cuestionamiento de los actos considerados como lesivos; y no el tema de la competencia judicial en el conocimiento del amparo contra resoluciones emanadas de un procedimiento arbitral [Cf. también la RTC 0928-2001-AA/TC; STC 1418-2002AA/TC, etc.].
9. El Tribunal recuerda, en ese sentido, que la razón de no haber considerado las reglas de competencia judicial para el caso del amparo contra resoluciones judiciales como aplicables para el caso del amparo arbitral, o, a su turno, para el caso del amparo electoral, se fundan en el hecho de que su determinación está sujeta al principio de legalidad. En efecto, la competencia de un tribunal de justicia por razón de la materia debe encontrarse fijada en la ley. Por tanto, ante la inexistencia de una norma legal que fije las reglas de competencia judicial del amparo arbitral, el Tribunal Constitucional no podrá exigir que el justiciable haya interpuesto su demanda de

amparo ante un órgano jurisdiccional que no ha sido declarado, *prima facie*, como competente para conocer de un determinado asunto.

10. Igualmente, el Tribunal advierte que el criterio al que se acaba de hacer mención no es aplicable en aquellos casos en los que el agravio se produce por efecto de un laudo arbitral, puesto que una vez que éste se cuestione mediante los medios impugnatorios previstos en la Ley General del Arbitraje, su resolución corresponde al Juez. Y si "(...) bien el recurso de anulación establecido en el artículo 61° de la Ley General de Arbitraje N.° 26572 [como también el recurso de apelación, si ese fuera el caso] no constituye, *stricto sensu*, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho (...) "[22], también lo es que, en supuestos de esa naturaleza, el amparo no sólo persigue cuestionar el laudo arbitral, sino también la decisión judicial que lo legitima, bajo los alcances del principio de definitividad, ínsito a la exigencia de contarse con una resolución judicial firme, en los términos del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, como antes se ha advertido.
11. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que no se han afectado las reglas de competencia en el presente amparo arbitral, por lo que no existe impedimento para expedir una sentencia sobre el fondo.

§1.3 Rechazo liminar de la demanda promovida por la Compañía Sulliden Shahuindo S.A.C. contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima

12. Como última cuestión de forma, el Tribunal Constitucional estima oportuno pronunciarse sobre el rechazo liminar de la demanda acumulada; y, luego, en el supuesto que la demanda fuese admitida en esta sede, verificar si cumple con las condiciones de procedibilidad contempladas en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional. Finalmente, en caso que se haya salvado la procedibilidad, evaluará si es posible que pueda expedir una sentencia sobre el fondo, siempre y cuando se hayan cumplido las exigencias que este Colegiado ha considerado como necesarias para un supuesto de esa naturaleza [Cf. STC 4587-2004-AA/TC].

§1.3.1 Condiciones del rechazo liminar

13. El Tribunal recuerda que es doctrina jurisprudencial uniforme, la afirmación de que sólo se puede rechazar liminarmente una demanda sobre la base de cualquiera de los criterios contemplados en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional. En tal sentido, y por lo que se refiere al cuestionamiento de resoluciones judiciales, el Tribunal tiene expresado que su rechazo sólo es admisible cuando se trata de una pretensión

(...) manifiestamente" improcedente, ya sea porque los hechos y la pretensión no estaban referidos a un derecho directamente reconocido en la Constitución o porque era notoriamente manifiesto que mediante el amparo se pretendía que el juez constitucional se superponga y sustituya al juez ordinario en el ejercicio de sus competencias. (...) En todos los demás casos, y particularmente en aquellos donde se había alegado la violación de un derecho fundamental de orden procesal, este Tribunal fue de la opinión que el supuesto de "manifiesta improcedencia" de la demanda, como supuesto para el rechazo liminar, era una cuestión que sólo podía determinarse con un pronunciamiento sobre el fondo, lo que presuponía, como es obvio, la admisión de la demanda, así como la realización de un mínimo de debate en torno a la lesividad o no del acto reclamado^[23]

Así, por ejemplo, en la STC 0757-2004-PA/TC se sostuvo que

(...) es necesario hacer una primera precisión respecto del rechazo liminar dictado por las instancias precedentes, en cuanto a que toda pretensión que cuestione la regularidad de un proceso judicial requiere, necesariamente, la admisión a trámite de la demanda y su correspondiente traslado a los emplazados, con el objeto de que estos expliquen las razones que habrían motivado la supuesta agresión, así como la actuación de todos los medios probatorios que coadyuven a verificar la regularidad de la actuación jurisdiccional (...) ^[24].

En la STC 4587-2004-PA/TC, el Tribunal recordó que dicho criterio,

(...) ha sido acogido por el artículo 47° del Código Procesal Constitucional, el mismo que, si bien ahora no contempla explícitamente la hipótesis del rechazo liminar de la demanda dirigida a impugnar resoluciones judiciales, sin embargo, establece que: "Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código (...) ^[25].

Asimismo, advirtió que

(...) Una revisión de los supuestos contemplados en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, al que reenvía su artículo 47°, permite constatar que, si bien ya no existe una disposición semejante al inciso 2) del artículo 6° de la Ley N.º 23506, sin embargo, esto no quiere decir que no pueda rechazarse liminarmente un amparo cuando se impugna una resolución judicial, puesto que el supuesto para declararlo ahora se encuentra previsto en el inciso 1) del artículo 5° del referido Código Procesal Constitucional.

En efecto, el juez podrá declarar liminarmente improcedente una demanda de amparo contra una resolución judicial, ya sea cuando de una evaluación de los hechos y el petitorio se infiera que éstos no están referidos a un derecho reconocido

en la Ley Fundamental, o cuando habiéndose alegado la lesión de un derecho constitucional procesal, sin embargo, es evidente que el acto reclamado no incide sobre el ámbito constitucionalmente protegido del mismo^[26].

14. En el presente caso, el Tribunal observa que, con independencia de la alegación de violación del derecho al juez predeterminado por la ley, las instancias judiciales no han efectuado análisis alguno con relación a los otros derechos constitucionales que también se han considerado afectados, como son los de defensa, motivación de las resoluciones judiciales y la doble instancia.
15. Las instancias judiciales sólo se han pronunciado respecto a la supuesta vulneración del derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Tal circunstancia, autorizaba, desde luego, a que en este extremo de la pretensión la demanda fuera declarada liminarmente improcedente, como finalmente se hizo. Sin embargo, en la medida que en la demanda también se denunciaba la lesión de otros derechos fundamentales de orden procesal, el Tribunal es de la opinión que esas mismas consideraciones se presentaban como insuficientes para que se declarara también la improcedencia liminar de los otros extremos de la pretensión, habida cuenta que cada uno de los derechos tiene un ámbito protegido totalmente distinto.

§1.3.2 El inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional y la alegación de violación de los derechos de defensa, motivación de resoluciones arbitrales e instancia plural

16. La observación que se acaba de efectuar, no habilita *per se* la competencia de este Tribunal para expedir una sentencia sobre el fondo. De conformidad con el último párrafo del artículo 20° del Código Procesal Constitucional, corresponde a este Colegiado subsanar la omisión de las instancias judiciales precedentes y, en ese sentido, su deber es constatar si estos otros extremos de la demanda del proceso acumulado satisfacen las exigencias que impone el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.
17. Por ello, en lo que sigue, el Tribunal analizará si los hechos y la pretensión están referidos al contenido constitucionalmente protegido de los derechos de defensa, motivación de las resoluciones judiciales y pluralidad de la instancia, en los términos del inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

§1.3.3 Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la alegación de violación del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la causa acumulada signada originalmente con el número 6149-2006-PA/TC

18. Por lo que hace a la supuesta vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal aprecia que el sustento de dicha pretensión se funda en la diferente interpretación que la recurrente tiene sobre los alcances del artículo 51° del Código Procesal Constitucional. A su juicio, es contradictorio que el órgano judicial emplazado haya hecho diferencias en la aplicación de las reglas de competencia judicial respecto al cuestionamiento en el amparo de un laudo arbitral, de aquella otra que, por el contrario, regiría si sólo se impugnase una resolución emanada de un procedimiento arbitral.
19. El Tribunal es de la opinión que este extremo de la pretensión no satisface la exigencia del inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional. Sin perjuicio de recordar que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza que, al resolverse una controversia, ésta se realice basándose en una interpretación correcta de la norma jurídica aplicable [Cf. STC 9598-2005-PHC/TC; STC 4348-2005-PA/TC, entre otras].
20. Y no es que el ordenamiento no haya previsto los mecanismos necesarios para hacer frente a anomalías de esa naturaleza. Ciertamente que los hay, y estos no son otros que los medios impugnatorios hábiles que existen en el seno de cualquier proceso jurisdiccional, además de la organización de las instancias jurisdiccionales competentes para su conocimiento.
21. Por otro lado, si se admitiera que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales garantiza que se interprete y aplique correctamente el derecho positivo, entonces, se habría producido la paradoja de que el recurso de casación habría quedado subsumido, o superpuesto, por el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho fundamental. Y cada vez que se solicite su protección en el ámbito de la justicia constitucional, los jueces de la Constitución se encontrarían autorizados para ingresar a dilucidar materias que en principio le son ajenas (la correcta o incorrecta interpretación y aplicación de la ley).
22. Por tanto, el Tribunal es de la opinión que debe desestimarse este extremo de la pretensión.

§1.3.4 Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la alegación de violación del derecho a la pluralidad de la instancia en la causa acumulada signada originalmente con el número 6149-2006-PA/TC

23. En lo que se refiere a la supuesta vulneración del derecho a la pluralidad de instancias, como consecuencia de que la resolución cuestionada se pronunció sobre una cuestión que no fue materia del recurso de apelación, el Tribunal considera que la pretensión y

los hechos identificados por la recurrente como lesivos no se encuentran relacionados con el contenido constitucionalmente protegido del derecho reconocido en el inciso 6 del artículo 139° de la Constitución.

24. Como se ha expuesto, mediante la resolución de fecha 14 de abril de 2005, el órgano jurisdiccional emplazado declaró nula la resolución del Juez Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo, que, a su vez, declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por Sulliden Shauindo S.A.C, ordenando que se expida una nueva resolución.

25. El efecto de la referida nulidad no fue el de dar por concluido el proceso, sino el de ordenar a la instancia judicial inferior que corrija lo que, a su juicio, constituyó un supuesto de nulidad previsto en la ley. De manera que, una vez corregido dicho vicio, pudiese entablarse una relación jurídico procesal válida, y que ésta sea conocida por las instancias judiciales competentes, como finalmente sucedió.

Sin embargo, la recurrente alega que se habría violado dicho derecho porque pese a que cuando se interpuso el recurso de apelación en ningún momento se solicitó que se declare la nulidad de los actuados, sin embargo, la emplazada lo hizo así.

26. Tal argumento no tiene ninguna relación con lo que realmente protege el derecho a la pluralidad de instancias. Éste garantiza que en la dilucidación de una controversia planteada en sede judicial, exista una estructura jurisdiccional que, cuando menos, se encuentre organizada en una doble instancia, y para cuyo acceso se prevean los medios impugnatorios que correspondan.

27. Este derecho no garantiza, como parece creerlo la recurrente, que toda pretensión planteada a través de los medios impugnatorios deba ser amparado u otorgado. Tampoco garantiza un pronunciamiento sobre los extremos planteados en el medio impugnatorio, cuando la instancia judicial superior advierta que en su concesión o en el desarrollo del proceso, se ha producido una causal de nulidad contemplada en la ley.

28. Por tanto, en la medida que dicha pretensión, y la *causa petendi* en que se sustenta, no se encuentran referidas al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la instancia plural, el Tribunal considera que también es de aplicación el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, por lo que la demanda, en este extremo, debe desestimarse.

§1.3.5 Consideraciones del Tribunal Constitucional sobre la alegación de violación del derecho de defensa en la causa acumulada signada originalmente con el número 6149-2006-PA/TC

29. Finalmente, sobre la alegada violación del derecho de defensa como consecuencia de que no se notificó a la recurrente del recurso de apelación interpuesto por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. contra la resolución del Juez Mixto del Módulo Básico de Justicia de Villa María del Triunfo; el Tribunal recuerda que el derecho de defensa garantiza que una persona sometida a un proceso judicial no quede en estado de indefensión por actos u omisiones que sean imputables directa e inmediatamente al órgano jurisdiccional.
30. ¿La falta de notificación de una resolución que rechaza liminarmente la demanda de amparo, deja en estado de indefensión a la parte contraria? El Tribunal Constitucional considera que no.
31. Este Colegiado recuerda que el rechazo liminar de la demanda tiene por efecto impedir el establecimiento de una relación jurídico procesal por la carencia de un presupuesto contemplado en el Código adjetivo que sirve de instrumento para la defensa de la Constitución. En ese sentido, la impugnación que pueda realizar la parte afectada con dicha decisión, sólo tiene el propósito de que la instancia superior se cerciore sobre la validez o no de los criterios de los que se sirvió la instancia precedente para declarar la improcedencia de la demanda, no pudiendo, en principio, con ocasión de su revisión, emitir un pronunciamiento sobre el fondo.
32. Es cierto, como afirma la demandante en el proceso acumulado, que la última parte del artículo 47º del Código Procesal Constitucional dispone que:

"(...) Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto",

pero también lo es que la revisión de la resolución de improcedencia liminar de la demanda por el *ad quem*, cualquiera sea la decisión que se adopte, no podría vulnerar su derecho de defensa, ya que en el peor de los casos la resolución que se pronuncia sobre la apelada sólo puede declarar la nulidad de la resolución desestimatoria y ordenar que se admita la demanda, disponiendo que se dé trámite al proceso, lo que presupone la participación en calidad de parte del emplazado.

33. El Tribunal considera que, a lo más, el acto reclamado por el recurrente constituye un vicio procesal que no tiene incidencia en el contenido constitucionalmente garantizado del derecho de defensa, y que tampoco autoriza que se declare la nulidad de la resolución expedida con su infracción, pues como se dijo en la STC 4587-2004AA/TC y en la STC 0569-2003-AC/TC,

"Si hemos de atenernos a la diferencia (...) entre actos procesales defectuosos, inválidos y nulos, la aplicación del segundo párrafo del artículo 20º del Código

Procesal Constitucional y, por tanto, la anulación de todo lo actuado tras un indebido rechazo liminar de la demanda sólo podría decretarse tratándose de la eventual formulación de un acto nulo; entendiéndolo como aquel (...) que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados´.

Desde esta perspectiva, la declaración de invalidez de todo lo actuado sólo es procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar.

Tal construcción jurisprudencial, realizada incluso antes de que entrara en vigencia el Código Procesal Constitucional, se ha sustentado en diferentes principios propios a la naturaleza y fines de los procesos constitucionales y, particularmente, en los de a) economía, b) informalidad y c) la naturaleza objetiva de los procesos de tutela de derechos fundamentales".

34. Por ello, el Tribunal considera que tampoco este extremo de la pretensión está relacionado con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, por lo que es de aplicación el inciso 1) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

§2. El derecho al debido proceso y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional

35. Este Tribunal tiene afirmado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.
36. En ese sentido, el Tribunal ha expresado que las exigencias de su respeto y protección deben observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), y también ante tribunales arbitrales, entre otros.
37. Se ha señalado, igualmente, que dicho derecho comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho "continente". En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida una persona, pueda considerarse como justo.

38. Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia. El Tribunal ha advertido también la existencia de determinados derechos que, perteneciendo al debido proceso judicial, no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia.

39. Incluso en un mismo ámbito, como puede ser el debido proceso judicial, los derechos que lo conforman varían, según se trate de un proceso penal o de uno civil. Si en el primero, un derecho que integra el debido proceso es el de que no se aplique la ley penal por analogía; en cambio, no sucede lo mismo en el proceso civil, donde el juez no puede excusarse de poner fin a la controversia so pretexto de la inexistencia de una norma jurídica positiva.

40. Por ello, en la STC 7289-2005-AA, el Tribunal advirtió que:

En definitiva, que el debido proceso tenga una vocación expansiva más allá del terreno exclusivamente judicial, no quiere decir que todos los derechos que lo conforman puedan ser susceptibles de ser titularizados, sin más, en cada uno de esos ámbitos ajenos al estrictamente judicial^[27].

41. Igualmente, el Tribunal ha recordado que en la medida que el derecho al debido proceso es omnicompreensivo de una serie de garantías formales y materiales,

(...) una alegación en abstracto de su supuesta lesión normalmente es una pretensión carente de concretización, puesto que, como hemos recordado en la STC 4587-2004-AA/TC, a propósito del derecho a la tutela procesal, en doctrina que es *mutatis mutandis* aplicable al derecho que se ha alegado como vulnerado [en el presente caso], el debido proceso es un derecho "continente", que (...) no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce como consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden^[28].

42. De ahí que el Tribunal Constitucional considere que una respuesta sobre la lesión o no del derecho al debido proceso siempre presupone un pronunciamiento sobre algún otro derecho de orden procesal, por lo que, habiéndose alegado también la violación del derecho a un tribunal imparcial, su determinación habrá de reservarse para el momento en que este Tribunal se pronuncie sobre este último derecho y sobre las condiciones de procedibilidad del proceso hoy en examen.

§2.1 El derecho al juez imparcial como contenido del derecho al debido proceso

43. Por lo que hace al tema, el Tribunal recuerda que, conforme a su jurisprudencia, las garantías formales y materiales que conforman el derecho al debido proceso no se agotan en aquellas que la Constitución expresamente ha consagrado en las disposiciones que lo conforman. A una concepción formal de los derechos fundamentales, el Tribunal ha antepuesto, con base en la misma Ley Fundamental, una comprensión material de ellos.

44. En efecto, en la STC 1417-2005-PA/TC, este Tribunal sostuvo que:

(...) la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales. (...) Consecuentemente, expresos o implícitos, los derechos fundamentales pertenecen al ordenamiento constitucional vigente^[29].

45. De modo consecuente con esta concepción material de los derechos fundamentales, y de que no hay derechos sin las necesarias y efectivas garantías para tutelarlos, este Tribunal advirtió que

Reconocer que el proceso de amparo sólo procede en caso de afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), implica, ante todo, determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión reputada de inconstitucional, en efecto, incide sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho.

Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), al precisar en el inciso 1) de su artículo 5º que los procesos constitucionales no proceden cuando “[l]os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

46. Asimismo, y con relación al proceso de amparo en particular, el artículo 38º del CPCConst., establece que éste no procede

“en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”^[30].

En esta línea, el Tribunal ha expresado que

La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38° del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”.

De ahí que el artículo 79° del CPConst., establezca que

“[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales”.

47. Así, un derecho tiene sustento constitucional directo cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, cuando existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa^[31].
48. Ciertamente, el derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución.
49. El *status* del derecho al juez imparcial como uno que forma parte del debido proceso, se deriva de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que exige que las disposiciones constitucionales mediante las cuales se reconocen derechos fundamentales se interpreten y apliquen de acuerdo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias que hayan sido ratificadas por el Estado peruano^[32].
50. En ese sentido, en la STC 2730-2006-PA/TC, el Tribunal destacó que

Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo forman parte positiva del ordenamiento jurídico nacional (artículo 55° de la Constitución), sino que la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución –en cuanto dispone que los derechos fundamentales reconocidos por ella se

interpretan de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú– exige a los poderes públicos nacionales que, a partir del ejercicio hermenéutico, incorporen en el contenido protegido de los derechos constitucionales los ámbitos normativos de los derechos humanos reconocidos en los referidos tratados. Se trata de un reconocimiento implícito de la identidad nuclear sustancial compartida por el constitucionalismo y el sistema internacional de protección de los derechos humanos: la convicción jurídica del valor de la dignidad de la persona humana, a cuya protección y servicio se reconduce, en última y definitiva instancia, el ejercicio de todo poder^[33].

51. Uno de esos tratados es la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 8º, relativo a las garantías judiciales, dispone que:

"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formuladas contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."

52. La cuestión de si el derecho a ser juzgado por un juez imparcial también puede titularizarse en el ámbito de un procedimiento arbitral ha sido resuelta afirmativamente por este Tribunal. Con carácter general, en la STC 3361-2004AA/TC, el Tribunal afirmó que,

El derecho a la tutela procesal efectiva no sólo tiene un ámbito limitado de aplicación, que se reduce a sede judicial. Se emplea en todo procedimiento en el que una persona tiene derecho al respeto de resguardos mínimos para que la resolución final sea congruente con los hechos que la sustenten.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 24 de la Sentencia del Expediente N.º 0090-2004-AA/TC (...), consideró que el debido proceso (...) está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (...) ^[34].

53. Específicamente, con relación al arbitraje, en la STC 1567-2006-PA/TC el Tribunal sostuvo que

(...) en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y

las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución^[35].

54. En tanto que derecho fundamental, el derecho a un juez imparcial tiene un contenido constitucionalmente protegido. Ese contenido está relacionado con aquello que el Tribunal ha identificado como las dos vertientes de la imparcialidad. A saber, la subjetiva y la objetiva.
55. Por lo que se refiere a la imparcialidad subjetiva, este Tribunal tiene declarado que ella

Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso (...)^[36].

Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo.

56. Al lado de la dimensión subjetiva, el Tribunal también ha destacado en el principio de imparcialidad una dimensión objetiva,

(...) referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable^[37].

57. Conforme a ella, toda persona tiene el derecho a ser juzgada por un juez, o quien está llamado a resolver la cuestión litigiosa, dentro de determinadas condiciones de carácter orgánico y funcional que le aseguren la inexistencia de cualquier duda razonable sobre la parcialidad del juzgador.
58. En la STC 0023-2003-AI/TC, en criterio que luego se ha reiterado en la STC 00042006-PI/TC, este Tribunal señaló, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que

(...) Un Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...) debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)" (Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984)^[38].

59. Esta teoría, llamada de la apariencia y formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el brocardo "*justice must not only be done; it must also be seen to be done*" [no sólo debe hacerse justicia, sino también parecerlo que se hace]^[39], no consiente que, en abstracto, este Tribunal pueda establecer cuáles son esas condiciones o características de orden orgánico o funcional que impiden que un juzgador pueda ser considerado como un ente que no ofrece una razonable imparcialidad. Su evaluación, por el contrario, debe realizarse en cada caso concreto.

§2.1.1 Consideraciones del Tribunal Constitucional con relación al derecho al juez imparcial en un proceso arbitral

60. Dicho esto, inmediatamente el Tribunal ha de advertir que el contenido constitucionalmente declarado del derecho al juez imparcial no tiene alcances similares en el ámbito de un proceso judicial y en el seno de un procedimiento arbitral. Con independencia de otras consideraciones, que no es el caso que aquí se tengan que detallar, ello es consecuencia de la forma como la ley y los convenios arbitrales consienten que se integre un tribunal arbitral colegiado.

61. En particular, tal circunstancia ha de tomarse en consideración cada vez que por acuerdo de las partes o por mandato de la ley, cada una de ellas tenga la facultad de nombrar a un árbitro, y estos, a su vez, a un tercero. En un supuesto de esa naturaleza, más allá del hecho de que "Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad (...)"^[40], y del hecho que, de conformidad con el artículo 29 de la Ley General del Arbitraje,

"La persona a quien se comuniquen su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a una posible recusación (...)",

lo cierto del caso es que una de las partes no podrá considerar violado su derecho al juez imparcial por el hecho de que su contraparte efectúe el nombramiento de uno de los árbitros, y viceversa. Bajo la teoría de la apariencia, ha de exigirse que el tercer árbitro nombrado se encuentre en una relación lo razonablemente equidistante de ambas partes, de manera que el arbitraje cumpla mínimamente con las exigencias derivadas del derecho a un juez arbitral imparcial.

62. Las garantías que se derivan del derecho a ser juzgado por un juez arbitral imparcial, por el contrario, son plenamente aplicables, incluso bajo la teoría de la apariencia, cuando el nombramiento de los miembros (alguno o algunos) del tribunal arbitral la efectúa una institución ajena a las partes del convenio que permite su constitución.

63. En ese sentido, el Tribunal toma nota que de conformidad con el artículo 31° de la Ley General de Arbitraje N° 26572, existen dos supuestos de hecho para la resolución de recusaciones planteadas contra los árbitros. En relación con el tribunal *unipersonal*, una vez planteada la recusación, el juez ordinario [o la institución organizadora del arbitraje] tendrá a su cargo la resolución de la misma. Mientras que, cuando se trata de un tribunal *colegiado*, donde uno de sus miembros haya sido recusado, quien resuelve la recusación es el Tribunal Arbitral, por mayoría absoluta, y sin el voto del recusado.
64. El Tribunal aprecia que, en cualquiera de los dos casos, el árbitro recusado no puede resolver directamente su recusación, sino un tercero. Si se trata de un arbitraje unipersonal, quien resuelve es el Juez o la institución organizadora del arbitraje. Si se trata de un tribunal arbitral colegiado, lo resuelve el tribunal "sin el voto del recusado" (artículo 31 de la Ley General del Arbitraje)
65. El Tribunal toma nota de que, al preverse un sistema de solución de recusaciones del arbitraje en la forma contemplada en el artículo 31 de la Ley General del Arbitraje, el legislador ha tomado en consideración el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el ordenamiento arbitral y, en particular, el efecto vinculante del contenido constitucionalmente garantizado del derecho a un tribunal arbitral imparcial.

§ 3 La laguna ante la recusación de todos los miembros de un Tribunal Arbitral, su integración y su aplicación al caso concreto (expediente originalmente numerado 6662-2006-PA/TC)

66. Además de los supuestos que se subsumen en la norma y de los que el legislador ha dispuesto al regular la recusación en el arbitraje, este Colegiado observa, precisamente a raíz del presente caso, que existe un tercer supuesto no contemplado por la Ley General del Arbitraje: el referido a la recusación planteada contra todos los miembros del Tribunal Arbitral.
67. La posibilidad de que se pueda cuestionar la imparcialidad de todos los miembros de un Tribunal Arbitral, aunque en abstracto pueda tratarse de un supuesto muy excepcional [vista la forma de conformación de un tribunal arbitral colegiado], sin embargo, no es inverosímil.
68. Precisamente en el presente caso, el recurrente ha alegado que, como consecuencia de que no consideró como válido el convenio arbitral, no nombró a uno de los árbitros. En su lugar, dicho nombramiento, que recayó en don Fernando Cantuarias Salaverry, lo efectuó el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía.

69. El Tribunal Constitucional aprecia que la Compañía de Exploraciones Algamarca en diversos escritos recusó, primero, al árbitro don Fernando Cantuarias Salaverry y, posteriormente, al ser desestimada su recusación por el Tribunal Arbitral, recusó a la totalidad de árbitros.
70. Lo que se encuentra en cuestión, tras la denuncia de afectación del derecho al juez arbitral imparcial, es si el procedimiento seguido por el referido Tribunal Arbitral, en aplicación del artículo 31 de la Ley General del Arbitraje, se efectuó sin errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del contenido constitucionalmente garantizado del derecho al juez arbitral imparcial.
71. Con independencia de los motivos que pudiesen existir para formular una recusación tan grave como la dirigida contra todos los miembros de un Tribunal Arbitral pluripersonal, los problemas de orden estrictamente constitucional se encuentran relacionados con el procedimiento que se pueda aplicar para resolver una solicitud con un contenido semejante, desde diversas perspectivas:
72. Por un lado, con las exigencias de imparcialidad que se debe observar para resolver una recusación donde se acusa a sus miembros, precisamente, de no contar u ofrecer razonablemente dicha imparcialidad.
73. La inexistencia de una regla pertinente en el artículo 31 de la Ley General del Arbitraje para afrontar problema de dicha magnitud, no puede entenderse como una derogación del contenido constitucionalmente declarado del derecho a un tribunal arbitral imparcial. Este Tribunal, en la STC 0976-2001-AA/TC, ha recordado que los derechos fundamentales no valen en el ámbito que los desarrolle la ley, sino que las leyes valen en el ámbito de los derechos fundamentales.
74. El Tribunal aprecia, en consecuencia, una laguna normativa que debe cubrir a través de la jurisprudencia, en todo caso hasta que no se emita una norma legal que contemple el supuesto aludido; ello se impone, además, como necesario, pues el ordenamiento jurídico tiene y debe tener la capacidad de dar respuesta a todas las controversias intersubjetivas, aun cuando estas no cuenten con una regulación normativa expresa. Al respecto, el inciso 8 del artículo 138° de la Constitución Política del Perú faculta al Juez para cubrir los “vacíos o deficiencias” en los que incurra la ley, pues se encuentra frente al imperativo de administrar justicia. Con ello se garantiza la plenitud del ordenamiento jurídico que cuenta, entre otras fuentes, con la jurisprudencia para que pueda convertirse en hermético y completo.
75. En el caso concreto, para cubrir la laguna este Colegiado recurrirá a la técnica de la integración, acudiendo específicamente a la regla de la complementariedad, que es

aplicable cuando un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere completarse con otra para cubrir o llenar la regulación de manera integral.

76. La técnica de la integración es viable cuando se ha descartado la interpretación como un mecanismo de adecuación de supuestos de hecho a una norma específica. Tocará al juez, entonces, la tarea de cubrir la laguna normativa, para lo cual recurrirá por un lado a otras normas del ordenamiento jurídico, a la jurisprudencia e incluso a la doctrina, aplicando los métodos de heterointegración y de autointegración, cuando fuese posible cubrir la laguna con la misma norma en cuyo contenido específico ella se encuentra.
77. Aprecia el Tribunal Constitucional que son dos las fuentes que permiten cubrir la laguna normativa no contemplada en el artículo 31° de la Ley General de Arbitraje respecto del cual gira el presente proceso: la jurisprudencia emitida por este mismo Colegiado expuesta en las sentencias recaídas en los expedientes 061672005.PHC/TC, 01567-2006-PA/C y el inciso 2) del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje.
78. Respecto de la jurisprudencia referida, este Tribunal ha considerado que el principio de la “competencia de la competencia” encuentra su postulación normativa, aplicable al presente caso,

en el artículo 44° de [la Ley General de Arbitraje] (...) que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral,

y se resalta que la instauración de dicho principio permite evitar

que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios,

sin que lo dicho implique la generación de una zona exenta de control constitucional, pues

será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente^[41]

79. Por otro lado, este Colegiado aprecia que

Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje –Ley 26572 – prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo

Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: "No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus". En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45° del citado Código, que dispone: "El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo". Ambos artículos refieren en su texto el concepto "vía previa", que 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 constitucional⁴²¹.

80. Siguiendo el hilo de lo expuesto, el Tribunal considera razonable que a través del recurso de anulación previsto en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje se haya establecido una vía previa cuyo agotamiento se exige como requisito de procedibilidad del proceso de amparo, pues esta exigencia se funda

en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, este sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139° de la Constitución; desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje⁴³¹.

81. Visto lo reseñado, el Tribunal Constitucional ha considerado como exigible para la procedencia del amparo constitucional, en los casos precisados, tanto la existencia de un laudo arbitral como el agotamiento de los recursos (recursos de apelación o anulación) que provee la Ley General de Arbitraje.

82. Por otro lado, la propia normativa contenida en la Ley General de Arbitraje permite cubrir la laguna complementándose con la jurisprudencia antes citada. En efecto, el recurso de anulación del laudo regulado a través del artículo 61° de la Ley General de Arbitraje tiene como objeto la revisión de su validez, lo que ha de franquear, si se cumplen los requisitos de admisión, un pronunciamiento de la sede judicial ordinaria

respecto de la nulidad o validez del laudo, sin que ello suponga un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia laudada. Asimismo, el mismo artículo establece que procede la interposición del recurso de anulación por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73° de la misma ley.

83. El inciso 2) del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje establece que el laudo arbitral podrá ser anulado si

“(…) no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente”[el subrayado es nuestro].

84. Se recuerda además, como ya se expuso en la presente sentencia, que este Colegiado ha establecido en numerosa jurisprudencia que el derecho al debido proceso debe ser observado en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas naturales o jurídicas y que involucren a los órganos públicos o privados que ejerzan funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

85. Es el caso que el derecho al juez imparcial asegura que las controversias sometidas a dilucidación sean decididas por una entidad que mantenga una posición objetiva al momento de resolver, para garantizar la igualdad de las partes, la efectividad en la defensa y la independencia del juzgador, especialmente en aquellos supuestos en los que la controversia sometida a juicio sea resuelta forma definitiva, bajo la exigencia de que la decisión esté fundamentada conforme a derecho.

86. En este sentido, advirtiéndose que lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 73° de la Ley General de Arbitraje regula sólo algunos supuestos en los que se ve involucrada la constatación de la vulneración del derecho a la defensa, y atendiendo a que este derecho tiene una estrecha relación con el del juez imparcial, esta disposición debe ser aplicada para cubrir la laguna en el caso en que se recuse a todos los integrantes del Tribunal Arbitral.

87. En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia emitida por este Tribunal y a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, y con el propósito de administrar justicia aun cuando se esté frente a un vacío o deficiencia de la ley, sin que ello signifique actuar *contra constitucione* o *contra legem*, este Colegiado dispone que la Sala ante la cual se hubiera interpuesto el correspondiente recurso de anulación, resuelva, como cuestión previa al análisis de la validez del laudo, si la interpretación del artículo 31° de la Ley General de Arbitraje realizada por el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca

-que tuvo como consecuencia la emisión de las resoluciones N°s 106, 108, 109, 110, 112, 114, 115, 116, 121, 124 y 125-, vulnera el derecho a un juez imparcial y, concomitantemente, lo dispuesto en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable al caso conforme lo establece la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Perú, en perjuicio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. Asimismo, de ser el caso, la Sala habrá de determinar cuál es el órgano competente para resolver la recusación planteada, siempre como cuestión previa al análisis de validez del laudo. Este Colegiado considera que sólo así, una vez agotados los efectos de la cuestión previa aludida, quedará despejado el camino para la expedición de un pronunciamiento definitivo sobre la validez o invalidez del laudo arbitral, a propósito de la resolución del recurso de anulación.

88. En este punto, es importante precisar que, al momento de evaluar una solicitud de recusación interpuesta contra todos los miembros de un tribunal arbitral, se debe tener en consideración que se trata de un supuesto excepcional, cuya procedencia –de conformidad con el artículo 103° de la Constitución Política del Perú- no puede ampararse en el ejercicio abusivo del derecho fundamental al debido proceso, en tanto que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos y, por eso mismo, admiten límites razonables en su ejercicio, el mismo que debe desarrollarse de conformidad con la Constitución.

En tal sentido, este Colegiado estima que no resulta razonable admitir la procedencia de solicitudes de recusación que se sustenten únicamente en las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral durante el transcurso del procedimiento arbitral, puesto que con ello se incorporaría un mecanismo no previsto en la Ley General de Arbitraje. Más aún, se estaría abriendo un cauce irrazonable y desproporcionado para cuestionar la imparcialidad del tribunal arbitral cuando éste, en ejercicio legítimo de sus atribuciones, adopte decisiones que no concuerden con el parecer de alguna de las partes.

89. Finalmente este Tribunal estima oportuno que, en aras de la seguridad jurídica, el Congreso de la República dicte la norma que permita cubrir definitivamente la laguna advertida en el artículo 31° de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, en el supuesto de hecho a que se refiere el fundamento jurídico 66 de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta por la Compañía Sulliden Shahuido S.A.C., perteneciente al expediente acumulado signado originalmente con el número 06149-2006-PA/TC.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda interpuesta por la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A., perteneciente al expediente acumulado signado originalmente con el número 06662-2006-PA/TC.
3. Ordenar a la Corte Superior de Justicia de Lima que disponga que la Sala competente que conoce del recurso de anulación interpuesto ajuste su actuación a lo dispuesto en el fundamento 87 de la presente sentencia.
4. Recomendar al Congreso de la República que dicte la norma correspondiente a que se refiere el fundamento 89 de la presente sentencia

SS.

**GARCÍA TOMA GONZALES OJEDA ALVA ORLANDINI LANDA ARROYO
MESÍA RAMIREZ**

EXP. N.º 6149-2006-PA/TC
ACUM. Exp N.º 6662-2006-PA/TC

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto por la opinión de los Magistrados que suscriben la sentencia, compartiendo el sentido del fallo de la sentencia, así como los fundamentos en los que éste se sustenta, quiero dejar expresado, como lo hice en la STC 6167-2005-PHC/TC, que la necesidad de que en el procedimiento arbitral se deban respetar los derechos fundamentales de orden procesal, no convierte a dicho procedimiento en un proceso de naturaleza jurisdiccional.

El arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas, no constituye una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino un instituto –el arbitraje en sí mismo– que tiene una protección especial derivada del hecho de haber sido incorporado en la Constitución (garantía institucional). Dicha protección, esencialmente, se dirige al legislador, quien pese a contar con un amplio margen para configurar al instituto del arbitraje, sin embargo, está impedido de disponer de él, a no ser que para tal efecto ejerza el poder de reforma constitucional.

Por otro lado, en la jurisprudencia de este Tribunal han sido diversas las ocasiones y oportunidades en las que hemos destacado que los derechos que integran la tutela procesal

efectiva son garantías formales y materiales que deben observarse y respetarse en todo tipo de procedimientos que tengan por objeto dilucidar los derechos y deberes de las personas, con independencia de la naturaleza de dichos procedimientos. Y así como hemos insistido en la necesidad de su respeto en el seno del proceso judicial, también lo hemos hecho en el seno de los procedimientos administrativos disciplinarios o en el seno de los procedimientos contemplados en los estatutos de las personas jurídicas de derecho privado. Y a nadie se le ha ocurrido que, por ello, dichos procedimientos tengan o hayan asumido la condición de procedimientos de naturaleza jurisdiccional.

El arbitraje, pues, no es otra cosa que un medio alternativo de solución de conflictos, cuyo fundamento reposa en la voluntad de las partes, y por medio del cual éstas renuncian a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal. Con estas salvedades, mi voto es porque se declare improcedente la demanda, como se ha efectuado en la sentencia en mayoría.

S.

GONZALES OJEDA

EXP. N.º 6149-2006-PA/TC ACUM.

EXP. N.º 6662-2006-PA/TC

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO JUAN BAUTISTA BARDELLI
LARTIRIGOYEN**

Que discrepo de los votos de mis honorables colegas, haciendo presente que anteriormente en el Expediente N° 01567-2006-PA/TC seguido entre las mismas partes, emitiera igualmente un voto singular de acuerdo a las consideraciones que ahí se expresaron, siendo pertinente precisar para este caso que motivan mi discrepancia y que a continuación paso a exponer:

1. La causal de improcedencia prevista en el inciso 4) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional merece una interpretación *pro homine* o *pro victima*, conforme lo mandan los criterios o principio de interpretación de los derechos fundamentales y de sus instrumentos de tutela.

2. Esta posición no es nueva por parte del Tribunal, pues una revisión de su línea jurisprudencial permite apreciar la gran intensidad o el enorme peso que el principio *pro homine* o *pro victima* posee en todos sus pronunciamientos.
3. Una lectura de la causal de improcedencia desde el principio *pro homine* o *pro victima* conduce a establecer que la restricción del acceso a la jurisdicción constitucional de la libertad operará solamente cuando no se hayan agotado las vías previas, la cuales, en el caso de las resoluciones judiciales, arbitrales, administrativas o de cualquier otra índole, significan el agotamiento de los recursos directos y no de todos los recursos imaginables que la ley pone a disposición del justiciable.
4. En este caso, el cuestionamiento constitucional se dirige contra una resolución dictada dentro de un incidente de recusación, la que en los términos de la Ley General de Arbitraje se denomina “*resolución distinta del laudo*” y que contra ella procede, únicamente, el recurso de reconsideración, previsto en el artículo 58° de la citada Ley General de Arbitraje.
5. Abundando en ello, los artículos 60° y 61° de la Ley General de Arbitraje señalan que los recursos de anulación o de apelación, según correspondan, solamente proceden contra el laudo arbitral, el que por imperio del artículo 59° de la norma citada tiene carácter definitivo y con el cual no procede recurso alguno, con excepción de los previstos en los citados artículos 60° y 61° de la misma Ley General.
6. En tal virtud, conforme consta en autos, la demandante satisfizo la exigencia de agotamiento de vía previa, pues interpuso el correspondiente recurso de reconsideración (entonces de reposición) y el hecho de que en la vía del recurso de anulación sea posible que se ejerza algún tipo de control sobre la resolución acusada de vulnerar el derecho de defensa, no constituye en modo alguno la concurrencia de una causal de improcedencia. Se trata, a mi juicio, de una interpretación que puede resultar extensible, por ejemplo, a toda resolución judicial interlocutoria, y que determinaría la improcedencia de los procesos constitucionales porque en el trámite del recurso de apelación de la sentencia puede operar alguna suerte de control sobre el acto reclamado.
7. Atendiendo a la inconcurrencia de una causal de improcedencia de los procesos constitucionales y a los fundamentos del 43 al 76 de la propia sentencia, a los que debo agregar que el control de las causales de admisión o procedencia de una recusación forma parte de la competencia exclusiva de los árbitros o jueces ordinarios en las materias que la ley les ha asignado y que el ejercicio de dicha potestad solamente puede ser controlada por este Colegiado en caso de que se afecte un derecho fundamental, resulta inapropiado que se exprese una consideración como la contenida

en el fundamento 88, que *prima facie* se pronuncia por la razonabilidad de la admisión a trámite de una recusación sin atender a su carácter casuístico.

8. Tal como se aprecia de autos y la propia sentencia en mayoría así lo advierte no está en discusión, si al resolverse la recusación del árbitro Fernando Cantuarias Salaverry, o la de los otros árbitros que integran el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca, las recusaciones correspondientes se resolvieron en forma adecuada. Lo que se encuentra en cuestión, tras su impugnación como violatorio del derecho al juez arbitral imparcial, es si el procedimiento seguido por el referido Tribunal Arbitral, en aplicación del artículo 31 de la Ley General del Arbitraje, se efectuó sin errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del contenido constitucionalmente garantizado del derecho al juez arbitral imparcial.
9. Queda claro también que el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje no contempla la situación que se postula en la presente causa, sin embargo toda interpretación posible aplicable al caso debe cumplir con la exigencia de imparcialidad que se debe observar para resolver una recusación donde se acusa a sus miembros, precisamente, de no contar u ofrecer razonablemente dicha imparcialidad.
10. Por ello, en casos de esta naturaleza, los tribunales arbitrales están obligados a garantizar directamente, sin necesidad de la *interpositio legislatoris*, el ámbito garantizado del derecho al juez arbitral imparcial. Ello es consecuencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, que impone la necesidad de respetarlos y garantizarlos incluso en las relaciones *inter privatos*, como el arbitraje.
11. En el caso, se observa que el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca resolvió la recusación de cada uno de sus 3 árbitros, en un procedimiento según el cual 2 de sus miembros (también recusados) resolvían la recusación de un tercer árbitro, sin la participación de este último. Dicho procedimiento, desde la perspectiva objetiva del principio de imparcialidad, constituye una evidente transgresión del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, ya que legítimamente hace temer de la falta de imparcialidad en los árbitros que lo resuelven.
12. Por otro lado, si bien "Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes" (artículo 18 de la Ley General del Arbitraje), considero que no se puede dejar de apreciar que el nombramiento como árbitro importa el pago de una remuneración, salvo pacto en contrario; confiriendo la aceptación como árbitro, "(...) el derecho de exigir a las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender las retribuciones respectivas y los gastos del arbitraje" (artículo 19 de la Ley General del Arbitraje).

13. En un supuesto como el que se acaba de mencionar, el que sean los propios miembros del Tribunal Arbitral quienes resuelvan la recusación planteada contra ellos, pone en cuestión la garantía de que una persona no sea sometida a un procedimiento en el que quienes están llamados a decidir sobre la cuestión litigiosa, tengan algún tipo de compromiso con el resultado de dicho procedimiento.
14. En particular, del afán de no desvincularse del procedimiento arbitral, ya sea por la expectativa de percibir una remuneración a partir del ejercicio de la función encomendada; o bien del hecho de haberse dispuesto legítimamente de una parte, o la totalidad, del anticipo de remuneraciones percibido.
15. Ciertamente, no puedo dejar de observar que la confianza en el nombramiento de determinadas personas para que funjan como árbitros, no sólo obedece a la alta competencia profesional que tienen, sino también a las cualidades éticas y humanas que las partes (o las instituciones) que los nombran implícitamente les reconocen.
16. Sin embargo, tales cualidades profesionales, éticas y humanas que puedan tener los árbitros no son suficientes para superar las exigencias derivadas del derecho a ser juzgado ante un tribunal arbitral imparcial. Aunque no tengan (o puedan tener) interés en cómo se ha de resolver el fondo del arbitraje, sí existe un indicio razonable acerca de su interés (de los árbitros recusados) en poder continuar con el conocimiento del mismo. Tal circunstancia, evaluada desde el ámbito del contenido constitucionalmente garantizado del derecho al juez imparcial, no tolera que su recusación sea resuelta por ellos mismos, incluso siguiéndose el procedimiento que antes se ha descrito.
17. En ese sentido, soy de opinión que el contenido constitucionalmente declarado del derecho al tribunal arbitral imparcial es incompatible con una interpretación y aplicación del artículo 31° de la Ley General del Arbitraje, según el cual, ante una recusación de todos los miembros de un Tribunal Arbitral, sean ellos mismos los que lo resuelvan, cualquiera sea el procedimiento que se contemple para ello.
18. Por ello, considero que son incompatibles con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho al juez arbitral imparcial las resoluciones N.º 114 y 115, de fecha 28 de enero de 2005, N.º 116, de fecha 31 de enero de 2005, N.º 121, N.º 124 y N.º 125, del 21 de febrero de 2005, mediante las cuales los miembros del Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca decidieron resolver la solicitud de recusación promovida por la Compañía de Exploraciones Algamarca contra todos sus integrantes, así como los respectivos recursos de reposición.

Por las razones antes expuestas soy de opinión que la demanda debe ser declarada **fundada** y, en consecuencia, nulas las resoluciones y los actos procesales que tuvieron

lugar con ocasión del trámite de la recusación planteada contra todos los miembros del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca, debiendo el Juez competente resolver la recusación planteada.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

