

APUNTES SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN EL ARBITRAJE: LA ANULACIÓN DE LAUDO Y EL PROCESO DE AMPARO

Ana María Arrarte Arisnabarreta ()*

“... si buscamos que el yelmo y la armadura estorben el uso reflexivo de la espada garantista, el amparo dejará de proteger, perdiéndose en la maraña de las acciones procesales legales. Los abogados que asistimos a esas batallas y la Corte Suprema, sensible y sabio juez último de cada duelo, han de impedir que el amparo se caiga de su trapecio a la pista en que los derechos viven y se realizan.

Mario Vargas Llosa. Cartas de Batalla.

I. UNA REFLEXIÓN NECESARIA: ¿CUÁL ES LA LEGITIMACIÓN DEL ARBITRAJE?

1. Inicialmente, consideramos necesario hacer una breve reflexión sobre el origen o la “legitimación” del arbitraje, en la medida que ello nos dará la pauta sobre la concepción que tengamos de esta institución, de los principios que la rigen y de las exigencias o características propias que tendrá el debido proceso en este escenario particular.

Así, un primer aspecto a mencionar es nuestra discrepancia con lo señalado por el Tribunal Constitucional¹, en el sentido que el arbitraje se justifica (o legitima) a partir de su incorporación en la Constitución Política del Estado

(*) *Abogada. Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Lima. Arbitro. Socia del Estudio Echecopar Abogados.*

(*) *Mi agradecimiento a Hugo Alonzo Navarro, sin cuya permanente colaboración este artículo no hubiese sido posible.*

¹ Nos referimos a las decisiones expedidas por el Tribunal Constitucional, y que han fijado la pauta sobre la relación entre el arbitraje y la actividad judicial, en nuestro Estado de Derecho.

- Exp. No. 6167-2005-PHC/TC del 2 de febrero de 2006. (Caso: Fernando Cantuarias Salaverry)
- Exp. No. 1567-2006-PA/TC del 30 de abril del 2006. (Caso: Compañía Exploraciones Algamarca)
- Exps. Nos. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC del 11 de diciembre del 2006. (Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A..C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.)

Así como a la sentencia recaída en el Exp. No. 4972-2006-PA/TC del 4 de agosto del 2006, publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 18 de octubre de 2007, dictada en el proceso seguido por Corporación Meier S.A.C. y Persolar contra Aristocrat Internacional PTY Limited.

como una “jurisdicción de excepción”, y no a partir del reconocimiento, de la autonomía de la voluntad como derecho fundamental.²

En nuestra opinión, la justificación o legitimación legal del arbitraje, no se encuentra en su consagración constitucional, ni en haberle atribuido un carácter “jurisdiccional”, que le es ajeno³. El “etiquetar” al arbitraje como “jurisdicción”, no lo ha convertido en tal. El nombre, no puede alterar la naturaleza de las cosas. Consideramos, en cambio, que su legitimación y razón de ser, se encuentra en la decisión de las partes, de que sus conflictos no serían decididos por el Órgano Jurisdiccional (entiéndase, Poder Judicial) sino por un órgano particular (tribunal arbitral), al que libremente se sometieron y atribuyeron –ellas, no la Constitución–, potestades para estos efectos, evidentemente, dentro de los límites que la Carta Política del Estado y la ley, establecen.

En consecuencia, la aplicación del principio de no interferencia de otras autoridades -como las judiciales- con la actividad arbitral, no tiene sustento en el supuesto carácter jurisdiccional de ésta última, sino que constituye la consecuencia natural de haber sustraído del ámbito de la competencia jurisdiccional, la potestad de pronunciarse válidamente sobre determinada controversia.

2. Evidentemente, lo mencionado no obsta a que, encontrándonos en un Estado de Derecho, todos –incluyendo los árbitros- debemos respetar la Supremacía Constitucional y los derechos fundamentales, admitir lo contrario significaría que las partes podrían pactar la creación de una suerte de “burbuja”, en la que no gobierne nada distinto a su voluntad, lo cual además de ilegal, sería absurdo.

En efecto, no cabe ninguna duda de que el principio de la autonomía de la voluntad admite limitaciones, las mismas que se encuentran impuestas en la propia Constitución y en la ley. Nos explicamos: precisamente, en atención al respeto de la Constitución y de los derechos fundamentales, el ordenamiento

² Así, el Tribunal Constitucional ha señalado:
“11. (...) La facultad de los árbitros para resolver un conflicto no se funda 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 139 de la propia Constitución.” (Exp. No. 1567-2006-PA/TC. Caso Fernando Cantuarias Salaverry)

³ MONROY PALACIOS, refiriéndose al carácter jurisdiccional del arbitraje señala:
“A estas alturas se habrá advertido que el arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello.”
 MONROY PALACIOS, Juan José. “Arbitraje, Jurisdicción y Proceso”. En: Arbitraje on line. Lima: Boletín Jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2006, año IV, No. 7.

jurídico ha restringido la capacidad de regular nuestros intereses⁴, así por ejemplo, las partes no pueden pactar que toda controversia sea sustraída del ámbito jurisdiccional estatal para ser sometida a arbitraje.

Así tenemos que por mandato de la Ley No. 26562 (Ley General de Arbitraje, en adelante, LGA), existe una gama de controversias respecto de las cuales se ha previsto una suerte de reserva legal para que sólo el Estado pueda resolverlas válidamente, atendiendo a la naturaleza de lo que está en discusión y de su trascendencia social y pública. Así por ejemplo, el artículo 1º de la LGA determina que se encuentran dentro de dicho ámbito de reserva y exclusividad del Estado, las controversias sobre el estado y la capacidad civil de las personas, aquellas sobre las que ha recaído una decisión judicial firme, las vinculadas al orden público, delitos o faltas, las concernientes a funciones del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Es decir, las partes pueden decidir “residualmente” someter a la decisión de los árbitros, aquellas materias no reservadas al Estado, específicamente, en tanto se trata de controversias respecto de las cuales el ordenamiento legal ha permitido su libre disposición, tengan o no un contenido patrimonial.

3. En conclusión, queremos cerrar este punto introductorio dejando sentada nuestra posición en el sentido que el origen y la legitimidad del arbitraje, se encuentra en la autonomía de la voluntad, la misma que está limitada y se ejerce conforme a la Constitución y a los derechos fundamentales.

Cuando las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, han pactado que determinada controversia sea resuelta por jueces privados, sustrayéndola del ámbito jurisdiccional del Estado, han determinado que éste carece de competencia para pronunciarse al respecto.

Esta regla es aplicable, no sólo mientras el proceso arbitral se encuentra en trámite, sino que comprende además la etapa previa y posterior al mismo, en este último caso, nos referimos a lo que conocemos como impugnación y ejecución judicial de los laudos.

II. MECANISMOS DE CONTROL DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL, A PROPÓSITO DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA ANULACIÓN DE LAUDO Y EL PROCESO DE AMPARO.

1. Formas de control del debido proceso arbitral
 - a) Habiendo determinado que en todo proceso arbitral se deberán respetar los derechos fundamentales, entre ellos, el debido proceso, es claro que deben establecerse mecanismos de control que garanticen su eficacia, evitando situaciones de arbitrariedad o abusos del poder conferido a los árbitros.

⁴ LANDA ARROYO, César. “El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En. Themis- Revista de Derecho. Lima. No. 53. 2007. Pág. 31.

“...el principio de la autonomía de la voluntad alude a la capacidad residual de las personas frente al Estado de regular sus intereses y relaciones de conformidad con su libre albedrío”.

Ahora bien, atendiendo a que la actividad arbitral no sólo interesa a las partes involucradas sino que –como todo mecanismo de solución de conflictos– trasciende al interés público, es menester que el control al que hacemos referencia, sea ejercido por instancias ajenas al quehacer arbitral, por lo que nos encontramos en un escenario que compete esencialmente al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional⁵.

- b) Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional, con la finalidad de evitar las continuas interferencias que se venían presentando en el desarrollo de los procesos arbitrales, a través del inicio de procesos judiciales –esencialmente penales y de amparo constitucional–, dictó sendas sentencias que, más allá de que compartamos o no íntegramente su contenido, hicieron el deslinde sobre la forma en la que debe operar la interrelación entre la actividad judicial y arbitral⁶.

Así, además de sustentar la justificación del arbitraje en su consagración Constitucional, y determinar que le son aplicables los principios y derechos de la función jurisdiccional –posición que, como hemos desarrollado en el punto precedente, no compartimos–, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. No. 6167-2005-PH/TC (Caso: Cantuarias Salaverry), precisó lo siguiente sobre el debido proceso y los mecanismos para su control en el arbitraje:

⁵ Coincidimos con CANTUARIAS SALAVERRY, quien refiriéndose a este tema señala: *“Por último, ¿quién debe tramitar y resolver el recurso que se presente para controlar el exceso de poder de los árbitros? Si estamos hablando de “mecanismos de control”, obviamente no podrán ser los propios árbitros los que se “controlen” a sí mismos. Pero, ¿podrán intervenir otros árbitros o una instancia administrativa de alguna institución arbitral? Consideramos que la respuesta debe ser contestada en sentido negativo, por cuanto la articulación de mecanismos de control del arbitraje debe ser necesariamente desarrollado por instancias ajenas al quehacer arbitral. Además, debemos recordar que el arbitraje no solo interesa a las partes del conflicto, sino también a la sociedad en su conjunto que tiene legítimo interés de que la función arbitral se desarrolle lo más libre posible pero, a la vez, lo suficientemente controlada como para que no se presenten excesos o abusos. ¿Qué instancia ajena al quehacer arbitral puede desarrollar la importante labor de control? Pues únicamente el Poder Judicial.”* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Arbitraje comercial y de las inversiones. Ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Lima. 2007. Pág. 379.

⁶ Al respecto, SANTISTEVAN DE NORIEGA afirma: *“En este ámbito, la sentencia que suscita el presente artículo ha sido beneficiosa, pues pone fin a especulaciones e incertidumbres que se presentaban en el curso de los arbitrajes y, a consecuencia de ello, pone coto al posible abuso de recurrencia judicial para que, por iniciativa de las partes, los jueces, fiscales y autoridades administrativas (incluida la policía) pretendan suspender, interrumpir los procesos arbitrales en curso o, lo que sería peor, revisar a su arbitrio el contenido de los laudos.”* SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. Arbitraje y Jurisdicción desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. En: Revista Peruana de Arbitraje No. 2, Ed. Grijley. Lima. 2006. Pág. 37.

“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**”. (Resaltado agregado)

“14. (...) **El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercicio ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitral. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precisado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En este sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo**”. (Fundamento jurídico vinculante). (Resaltado agregado)

De los fundamentos transcritos se advierte que las decisiones arbitrales son pasibles de dos (2) tipos de controles:

- a) Judicial: a través de los recursos de apelación –cuando así haya sido expresamente pactado por las partes–, y de anulación de laudo; y
- b) Constitucional: a través principalmente, del proceso de amparo, en la medida que se invoque que la decisión arbitral proviene de un proceso irregular.

En ambos casos se trata de controles “ex–post”, es decir, una vez concluido el proceso arbitral, y utilizados los mecanismos previstos en la LGA para que el agraviado revierta la decisión que le perjudica, dentro del propio arbitraje.

El punto materia de nuestro análisis es que entre los aspectos materia de control, tenemos al “debido proceso arbitral”, habiéndose determinado que la decisión arbitral que lo vulnera, debe ser declarada nula, en tanto implica la afectación a un derecho fundamental.

2. El debido proceso arbitral y el establecimiento del control judicial de los laudos como vía previa al control constitucional

- a) El control judicial, se verifica una vez emitido el laudo arbitral, a través de los mecanismos previstos para este propósito por la LGA: recurso de apelación y recurso de anulación de laudo.
 - Sobre el **recurso de apelación** es pertinente recordar que sólo será procedente en la medida que las partes que sometieron sus controversias

a un arbitraje, hayan previamente pactado que el laudo que se emita, será pasible de revisión en una segunda instancia, sea judicial o arbitral⁷.

Por otro lado, atendiendo a que a través del recurso de apelación se puede plantear tanto la nulidad de la decisión (del laudo, en este caso) como la revisión de fondo, es claro que el uso de este medio impugnatorio ante el Poder Judicial, excluye la posibilidad de proponer posteriormente un recurso de anulación de laudo, en esta vía, toda vez que el “control judicial” ya se habría verificado.

- El punto más álgido y complejo surge a propósito del **recurso de anulación** que -a diferencia de lo que ocurre con la apelación-, sólo puede ser interpuesto de manera excepcional y extraordinaria, en la medida que el vicio que contenga el laudo arbitral, esté previsto de manera expresa y taxativa como causal de anulación⁸, es decir, un laudo sólo podrá ser anulado por motivos legalmente previstos.
- b) Por lo indicado, consideramos pertinente profundizar nuestro análisis sobre el control judicial a través del recurso de anulación de laudo, y específicamente cómo es que éste se realiza en lo que respecta al debido proceso.

Para ello debemos empezar teniendo en cuenta que las causales de anulación de un laudo arbitral nacional, se regulan en el artículo 73° de la LGA, y entre ellas, no encontramos alguna referida estrictamente al debido proceso. En efecto, la única causal que contempla uno de los derechos integrantes del debido proceso (el derecho de defensa), es la prevista en el inciso 2 del referido artículo, según el cual el laudo podrá ser anulado cuando la parte que alegue pruebe:

“2. Que no ha sido debidamente notificada con 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

⁷ “Artículo 60°.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. (...)”

⁸ Así, CREMADES, refiriéndose al arbitraje español, señala: “El mecanismo de anulación el laudo arbitral aparece configurado en la LA mediante una **acción de carácter extraordinario**, ya que las posibilidades de revisión por parte de Jueces y Tribunales se encuentran limitadas por el legislador, evitando así que el proceso de impugnación de la validez del laudo se convierta en una segunda instancia contra el laudo arbitral. Esto es, **los motivos de anulación del laudo se encuentran tasados**, no pudiendo el órgano jurisdiccional, que conozca de la acción de anulación, revisar el fondo de la decisión de los árbitros” (Resaltado agregado)
CREMADES, Bernardo M. “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”. En: Lima Arbitration. No.1-2006 Pág. 206

momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.”

Ahora bien, dado el carácter excepcional y taxativo de las causales de anulación, su interpretación debe ser restrictiva⁹, por lo que no consideramos jurídicamente válido sostener que la consecuencia de anulación prevista para una manifestación específica del debido proceso, esto es, para la vulneración al derecho de defensa, pueda ser ampliada a todos los derechos que integran el primero. Por tanto, *a priori*, podemos llegar a la conclusión de que la causal de anulación contemplada no se refiere al debido proceso (género) sino al derecho de defensa de manera concreta¹⁰.

Sin embargo, la pregunta es, ¿esto quiere decir que todos los demás derechos integrantes del debido proceso, pueden ser vulnerados sin que ello traiga como consecuencia la nulidad del laudo? La situación se vuelve más compleja en la medida que la misma LGA establece entre los requisitos de validez del laudo (artículos 50¹¹ y 51¹²) elementos que conforman el debido

⁹ Así el artículo 139 inc. 9 de la Constitución Política del Estado, señala como principio de la función jurisdiccional:

“9. El principio de inaplicación por analogía de ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

Cabe señalar que en el Proyecto Modificador de la Ley General de Arbitraje vigente, elaborado por la Comisión Técnica nombrada por Resolución Ministerial No. 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, esta causal de anulación no sólo se mantiene en los mismos términos, sino que –en nuestra opinión– se ha precisado aún más, que solo abarca el tema específico de la afectación al derecho de defensa. Así el texto del Proyecto señala:

“Artículo 73º.- Causales de anulación. El laudo arbitral sólo podrá ser anulado, cuando la parte que alegue una causal, pruebe:

(...)

- 2. Que una de las partes no ha sido debidamente 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.”*

¹¹ *“Artículo 50º.- El laudo de derecho debe contener:*

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

¹² *“Artículo 51º.- El laudo de conciencia necesariamente debe cumplir con lo dispuesto en los incisos 1), 2), 3) y 6) del Artículo 50º . Requiere además de una **motivación razonada.**”*

proceso, pero trascienden al derecho de defensa en sentido estricto, como es el caso de la valoración de los medios probatorios y la motivación razonada.

Ante esta regulación disímil, por no decir contradictoria, la jurisprudencia de la Sala Comercial de la Corte Superior de Lima interpretaba que las demandas de anulación de un laudo arbitral, sustentadas en supuestas afectaciones al debido proceso, en cualquiera de sus manifestaciones, se encontraban subsumidas en la causal de nulidad prevista en el inciso 2 del artículo 73° de la LGA¹³; no sin admitir que esta interpretación no era la más técnica.

Así, en la sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Lima (Exp. No. 1153-2005), en un proceso sobre anulación de laudo en el que se había invocado la causal del inciso 2 del artículo 73° de la LGA, pero sustentada en la afectación a la debida motivación, este Órgano Jurisdiccional señaló:

“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 encontraban subsumidas en la causal de nulidad prevista en el inciso 2° 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 indebidamente motivada”.

- c) Sin embargo, veamos, si pese a que –como hemos afirmado- entre las causales de anulación previstas legislativamente, no se encuentra el debido proceso, es jurídicamente correcto sostener que a partir de la emisión de las sentencias del Tribunal Constitucional, se ha incorporado una nueva causal de anulación en este sentido.

Para ello, resulta pertinente analizar lo dispuesto al respecto por el Tribunal Constitucional:

*“14. (...) si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, **de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo**”.* (Fundamento jurídico vinculante) (Exp. No. 6167-2005-PH/TC. Caso: Cantuarias Salaverry). (Resaltado agregado).

¹³ Sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de la Corte Superior de Lima (Exp. No. 1153-2005), en un proceso de anulación de laudo, en el que se había invocado la causal del inciso 2 del artículo 73 de la LGA. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente CAS. No. 1907-2006/LIMA.

“15. (...) existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulten 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” (Exp. No. 1567-2006-PA/TC. Caso: Compañía de Exploraciones Algamarca) (Resaltado agregado).

Entonces, si para recurrir al proceso de amparo a denunciar la afectación al derecho a un debido proceso, en cualquiera de sus manifestaciones, será necesario agotar los mecanismos de control judicial previstos en la LGA, resulta inevitable concluir que la afectación al debido proceso, si se habría convertido en una causal de anulación, pues en caso contrario, no existiría vía previa que pueda ser agotada antes de recurrir al proceso de amparo.¹⁴

¹⁴ Es más, así ha sido entendido también por los Órganos Jurisdiccionales que conocen de los procesos de anulación de laudo, prueba de ello son los considerandos que transcribimos de la sentencia expedida por la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de Lima, recaída en el proceso de anulación de laudo (Exp. 1153-2005).

“SÉTIMO.- A la luz de la sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional ya no es necesario recurrir a esa interpretación amplia del inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

(...)

Por consiguiente dado el carácter normativo de la Constitución, a partir de la sentencia recaída en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC, ha quedado claro que cualquier atentado a alguno de los principios y derechos de la función jurisdiccional por parte de un Tribunal Arbitral debe causar la nulidad del Laudo.

(...)

“La pregunta que debemos contestar arribados a este punto es la siguiente: ¿Corresponde a esta Sala Civil Subespecializada en materia comercial la tutela de los derechos fundamentales de la persona afectados por un Laudo Arbitral o es que esta tutela, y por consiguiente la declaración de nulidad del Laudo, únicamente puede ser brindada en sede constitucional?”

Refiriéndose a la determinación de que el control judicial del laudo es la vía previa para el control constitucional, la resolución bajo comentario llega a la siguiente conclusión que compartimos plenamente:

“Esto quiere decir que se confiere a los órganos jurisdiccionales que conocemos de la vía previa, en este caso el proceso de Anulación de Laudo, la posibilidad (y la obligación) de corregir cualquier atentado a los derechos fundamentales causados por la actividad de los árbitros. Sólo de esa manera puede entenderse la necesidad del tránsito por la vía previa pues, como resulta evidente, si este Colegiado no pudiera brindar tutela constitucional, la vía de amparo debería entenderse abierta de modo directo, lo que es por lo referido incorrecto”.

Más aún, los fundamentos 17 al 19 de la sentencia expedida en el Exp. No. 1567-2006-PA/TC (Caso: Compañía de Exploraciones Algamarca) han desarrollado este tema, dejando claramente establecido que la vía previa, se constituye precisamente por los recursos de apelación y de anulación previstos en los artículos 60° y 61° de la Ley No. 26572¹⁵.

Cabe señalar que la “creación” de una causal de anulación, por parte del Tribunal Constitucional, resulta –en nuestra opinión– contraria a su Ley Orgánica y a la propia Constitución.

En efecto, si bien el Tribunal goza de autonomía procesal, que le permite regular determinados aspectos de los procedimientos constitucionales¹⁶ –

¹⁵ La sentencia recaída en el Exp. No. 1567-2006-PA/TC (Caso: Compañía de Exploraciones Algamarca) ha dispuesto lo siguiente:

“17. (...)”

Si el recurso de apelación fue interpuesto ante al Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que no son compatibles, en consecuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral, previsto en el artículo 61° de la Ley General de Arbitraje ante el Poder Judicial.”

“18. El segundo recurso previsto en el artículo 60 de la Ley General de Arbitraje es el de anulación. Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, y se interpone ante el Poder Judicial, por las causales establecidas en el artículo 73 de la Ley 26572. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo.”

¹⁶ Nuestro Tribunal Constitucional ha desarrollado el Principio de Autonomía Procesal, a través de sendas resoluciones, entre ellas, la Resolución s/ de fecha 08 de agosto de 2005, emitida en el Expediente No. 00020-2005-PI/TC, en la que señala:

“PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

18. *Que descartada la aplicación analógica del Código Procesal Civil en este tipo de proceso según la precedente consideración, queda a este Tribunal la posibilidad de cubrir el vacío normativo en ejercicio de la potestad derivada del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional.*

19. *Que este principio ya ha sido incorporado a la jurisprudencia por este Colegiado. Según él, este Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del CPConst, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema – vacío o imperfección de norma- que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se*

como por ejemplo, determinar que el proceso de amparo es la vía idónea frente a la vulneración del debido proceso en el arbitraje –, lo que no estaba en aptitud de hacer legalmente, es incorporar una causal de anulación, cuya regulación específica está reservada a la Ley General de Arbitraje. Es estricto, no es función del Tribunal Constitucional, crear normas, mucho menos establecer disposiciones que por su naturaleza, son ajenas al ámbito propio de su actuación constitucional.

Sin embargo, más allá de la corrección técnica, esto es lo que ha ocurrido en la práctica. En nuestra opinión, indiscutiblemente nuestro Tribunal Constitucional ha incorporado una causal de anulación a la LGA.

- d) Más allá de nuestro desacuerdo con la corrección de lo dispuesto por el Supremo Intérprete de la Constitución, veamos cuáles podrían ser las consecuencias prácticas de esta decisión.

Como ya hemos mencionado, el tema de la vía previa ha sido desarrollado esencialmente en la sentencia recaída en el Exp. No. 1567-2006-PA/TC (Caso: Compañía Exploraciones Algamarca), en la que se ha señalado:

“16. (...) el concepto de “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 constitucional”.

En este caso, no parecería adecuado afirmar que el control judicial realizado por la Corte Superior (órgano que actúa en primera instancia en los casos de anulación de laudo, y de apelación), y por la Corte Suprema (que actúa en casación cuando los laudos hayan sido anulados, total o parcialmente), sea jerárquicamente inferior al que se verifica en un proceso de amparo, salvo que el Tribunal Constitucional considere que como en este supuesto, existe la posibilidad de que participe emitiendo una decisión (a través de un recurso de agravio constitucional), se estaría verificando un control por el órgano autocalificado como jerárquicamente superior de todo el sistema jurídico.

Sin perjuicio de lo mencionado, que podría no pasar de ser un tecnicismo, la razón de ser por la que el Tribunal Constitucional, considera necesario agotar el control judicial previsto como vía previa para los casos de vulneración del derecho fundamental a un debido proceso en el arbitraje, es:

“19. La razonabilidad del agotamiento de la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, se sustenta en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje en la efectiva posibilidad de que ante la existencia de un acto infractor, éste sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagradas en el artículo 139° de la

incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente.”

Constitución, desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje”.

Ahora bien, no nos queda claro en qué medida, en este caso, el establecimiento de una vía previa, garantiza la independencia del arbitraje o que los vicios que puedan ser cometidos en él, sean remediados de acuerdo a los principios y garantías contempladas en la LGA, más aún si tenemos en cuenta que ésta no había previsto la posibilidad de realizar un control judicial –vía anulación– de todos los elementos configurantes del debido proceso, pues reiteramos, no existía una causal de anulación para estos efectos.

En consecuencia, en nuestra opinión, no estamos frente a un supuesto de respeto a la institución arbitral, ni de los principios regulados en la LGA, sino que se ha establecido una doble oportunidad de realizar el mismo control de lo que se ha denominado, debido proceso arbitral, uno a través del recurso de anulación –o de apelación, cuando así se hubiera pactado–, y otro a través del arbitraje. Así, no habiéndose dispuesto nada distinto ambos tendrían el mismo contenido y alcances¹⁷.

3. Una propuesta para dar coherencia a los mecanismos de control y no vulnerar la eficacia del arbitraje

En nuestra opinión, la determinación de esta vía previa, no es útil ni positiva para el arbitraje, ya que en este extremo, el recurso de anulación de laudo perdería su razón de ser, convirtiéndose únicamente en una suerte de “seudo amparo, previo al amparo”, lo que firmemente consideramos que no contribuye a la eficacia de arbitraje.

Por ello, nos permitimos hacer algunas propuestas, que estimamos podrían contribuir de alguna manera a guardar coherencia entre los mecanismos de control del debido proceso, sin que se altere la eficacia del arbitraje:

- a) Las afectaciones al debido proceso, deberían ser materia de control constitucional, directamente a través del proceso de amparo, sin que sea necesario agotar una vía previa. Ello supondría que la afectación al derecho de defensa –que a la fecha sí se encuentra prevista como causal de anulación en el artículo 73 de la LGA–, no sea materia de control judicial a través del recurso de anulación, lo que implicaría una modificación al texto de la LGA.

¹⁷

En esta línea de razonamiento RIVAROLA REISZ, afirma: *“También procedería anulación del laudo y el posterior proceso de amparo cuando los árbitros interpreten de manera errada (es decir, contraria al criterio del Tribunal Constitucional) derechos y garantías constitucionales como el derecho de propiedad y la libertad de contratar. Parece entonces que el recurso de anulación de laudo corre el riesgo de convertirse en una revisión al estilo de una casación por vicios in indicando, que permitiría al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, en un posterior proceso de amparo, dejar sin efecto el laudo cuando no compartan el criterio del árbitro.”*

RIVAROLA REISZ, J. Domingo. Decisiones Constitucionales y Judiciales. En: Revista Peruana de Arbitraje. No. 2. Ed. Grijley. 2006. Pág.581.

- b) Si se mantiene el recurso de anulación –y de ser el caso de apelación– como vía previa al control constitucional del debido proceso, consideramos que tendría que establecerse alguna manera de evitar el uso indebido o malicioso del amparo, por quien pretende simplemente dilatar la ejecución del laudo arbitral.

Así, si bien el inicio del proceso de amparo naturalmente no suspende la ejecución del acto violatorio al derecho fundamental agraviado, en este caso, del laudo arbitral, consideramos prudente que cualquier medida cautelar que busque este objetivo implique necesariamente el ofrecimiento de una contracautela (carta fianza bancaria o depósito en una cuenta a nombre del Poder Judicial) que asegure indubitadamente la inmediata ejecución del laudo si la decisión del proceso constitucional es desfavorable al demandante. Cualquier exoneración de esta exigencia, deberá ser absolutamente excepcional y extraordinaria, y deberá estar debidamente sustentada por el Órgano Jurisdiccional.

De esta manera, como lo señala MORELLO¹⁸, podríamos llegar a una situación de equilibrio real, no simbólico. El otorgamiento de una garantía en este caso concreto, busca precisamente recomponer el debido proceso, y garantizar la igualdad de trato entre las partes en conflicto, de modo que si la interposición del recurso de anulación de laudo, y posteriormente de amparo constitucional, careciera de sustento, los perjuicios de esta demora indebida serán resarcidos de manera inmediata.

III. ¿QUÉ RESOLUCIÓN DEBE SER MATERIA DEL PROCESO DE AMPARO: EL LAUDO ARBITRAL, LA RESOLUCIÓN QUE DENIEGA LA ANULACIÓN DEL LAUDO O AMBAS DECISIONES?

1. El Tribunal Constitucional ha dispuesto que *“es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por vía del proceso constitucional, una resolución arbitral”*¹⁹. Ahora bien, habiéndose establecido que el recurso de

¹⁸ MORELLO, Augusto Mario. Avances Procesales. Ed. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. 2003. Pág. 676.

¹⁹ En la sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC, dispuso que: *“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.”* (subrayado agregado).

Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente 1567-PA/TC, estableció: *“14. Así planteado el tema, es factible que la demandante recurra a un proceso constitucional de amparo alegando la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y convoque la intervención de la jurisdicción constitucional a efecto de que le brinde efectiva tutela (...)”*

anulación o, de ser el caso, el de apelación, son vías previas para la procedencia del control constitucional a través del proceso de amparo, esto implicaría que en la demanda, necesariamente se deberá pretender la nulidad, tanto de la resolución judicial que declaró infundada la pretensión de anulación del laudo por afectación al debido proceso, como del laudo arbitral en sí mismo. Pues ésta es la única manera de que se pueda realizar un control constitucional de la decisión arbitral.

En esta línea parece haberse pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia que resuelve los procesos acumulados Nos. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Caso: Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.), en la que se dispone:

*“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, puesto que una vez que éste se cuestione mediante los medios impugnatorios previstos en la Ley General de Arbitraje, su resolución corresponde al Juez. Y si “(...) bien el recurso de anulación establecido en el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje No. 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 (...)” también lo es que, en supuestos de esta 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, insito a la exigencia de contarse con una resolución firme, en los términos del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, como antes se ha advertido.”* (Resaltado agregado).

2. En nuestra opinión, el sustento de esta decisión sería que la finalidad del proceso de amparo, según lo prevé el artículo 1º del Código Procesal Constitucional²⁰, es proteger los derechos fundamentales vulnerados, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación. En consecuencia, sólo se puede lograr este objetivo, si el control constitucional se realiza anulando el laudo arbitral mismo, en la medida que sea allí donde radique la afectación invocada al debido proceso, y que ha dado lugar al proceso de anulación, al que se le ha atribuido la calidad de “vía previa”.

Adicionalmente, se fundamentaría en que para la procedencia de un amparo contra una resolución emanada de un proceso irregular, es necesario que ésta tenga la calidad de firme.

²⁰ *“Art. 1º. Finalidad de los procesos.- Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.”*

El concepto de resolución firme²¹ implica una decisión respecto de la cual ya no cabe la utilización de los mecanismos de impugnación previstos para su revisión, sea porque el interesado en su cuestionamiento dejó vencer el plazo, sin plantearlos, o porque ya utilizó todos los medios impugnatorios previstos para revertir el agravio producido.

Ahora bien, en este caso, para la procedencia de una demanda de amparo contra un laudo arbitral, será imprescindible que se haya obtenido una decisión firme, al haberse desestimado el recurso de anulación (considerado vía previa) en el que necesariamente se tendría que haber invocado como “causal”, la afectación al debido proceso arbitral, en alguna de sus manifestaciones. Es decir, no cabría la posibilidad de recurrir al proceso de amparo, si no se interpuso el recurso de anulación, o habiéndose planteado no se invocó la afectación del debido proceso como vicio del laudo.

3. Por otro lado, nada obsta a que quien no se perjudicó con el resultado del laudo arbitral, pero sí con la resolución judicial emitida en el proceso de anulación de laudo propuesto por el perdedor del arbitraje (agraviado con el laudo), recurra al proceso de amparo alegando la vulneración a su derecho a un debido proceso, esta vez, ya no en el arbitraje, pero sí en el proceso judicial nulificante. En este caso, estaremos simplemente frente al supuesto del cuestionamiento de una decisión judicial emanada de un proceso irregular, más no así del laudo arbitral.

Como se advierte, la posibilidad de recurrir al amparo, más allá de cuál sea el resultado de la anulación de laudo, se encontraría “asegurada”, por ello consideramos imprescindible dejar claramente establecido que el inicio de este proceso no impedirá la ejecución de la decisión cuestionada, lo cual sólo se podrá permitir cautelarmente en la medida que se garantice plenamente la ejecución del laudo si el amparo no es estimado.

Como se advierte, estamos frente a una situación muy peligrosa, que urge sea revisada por el Tribunal Constitucional, ya que desafortunadamente, y pese a lo que quiso con la expedición de las decisiones referidas a la interrelación entre la actividad judicial y la arbitral, si quien obtuvo un resultado adverso en un proceso arbitral, así lo quiere, tiene las puertas del Poder Judicial garantizadas, con la consecuente pérdida de eficacia de la decisión arbitral. Es decir, regresarán exactamente donde las partes acordaron que no querían estar, esto es, en el ámbito de la jurisdicción estatal.

4. Por otro lado, un punto práctico que resulta pertinente aclarar, es el de la determinación del Órgano Jurisdiccional competente para conocer la

²¹ “(..), las sentencias firmes han adquirido tal calidad, sea porque se agotó el sistema impugnatorio, sea porque el interesado en que puedan ser atacadas en un nuevo proceso cuya pretensión es impugnarla dejó vencer el plazo sin intentarlo. Por cierto, estas últimas tienen el agregado de recibir la autoridad de la cosa juzgada, es decir, una calidad adicional que consiste en el reconocimiento jurídico, social y político de un inmutabilidad”.

MONROY GÁLVEZ, Juan. La Actuación de la Sentencia Impugnada. En: Themis Revista de Derecho. No. 43. Lima. 2001. Pág.26.

demanda de amparo contra el laudo arbitral, esencialmente debido a que los criterios de competencia son asignados por la ley, y en este caso, no existe ninguna que prevea cuál es el órgano competente por grado y materia para impugnar una resolución arbitral.

En efecto, ante la falta de disposición expresa, parecería que lo razonable sería aplicar analógicamente los criterios de competencia previstos para la impugnación de resoluciones judiciales provenientes de supuestos procesos irregulares. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha determinado que, en atención al principio de legalidad, el régimen para fijar la competencia, previsto en el artículo 51º del Código Procesal Constitucional, es exclusivo del amparo contra resoluciones judiciales y que éste no puede extenderse por analogía, a ningún otro acto reclamado, como por ejemplo, las decisiones arbitrales²². Lo preocupante es que si bien estableció que ese criterio no era procedente, tampoco estableció cuál era el que debía aplicarse.

Ahora bien, habiéndose establecido que sólo podrá solicitarse el control constitucional de un laudo arbitral, en la medida que previamente se haya solicitado su anulación en la vía judicial, y que la decisión emitida en ésta haya sido adversa, consideramos que el vacío sobre la competencia para el control constitucional del laudo, quedaría superado. En efecto, teniendo en cuenta que en el proceso de amparo inevitablemente se deberá cuestionar también la resolución judicial que ratificó la validez del laudo, y que para estos efectos, sí existe un criterio de competencia expresamente determinado por la ley, el mismo se aplicará por añadidura a la impugnación del laudo arbitral.

El único supuesto que continuaría expuesto a la situación de vacío, será aquel caso excepcional en el que, al amparo del artículo 46º del Código Procesal

22

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que resolvió los expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC (Caso: Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A.), dispuso:

“6. El Tribunal reitera, asimismo, que en su jurisprudencia sobre el artículo 51º del Código Procesal Constitucional y antes, sobre el artículo 29º de la Ley No. 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 último es expedido en procedimientos de naturaleza jurisdiccional (como el amparo electoral) en otros de naturaleza análoga (como es el caso de los actos dictados por tribunales administrativos o arbitrales).

(...)

9. El Tribunal recuerda que la razón de no haber considerado las reglas de competencia judicial para el caso del amparo contra resoluciones judiciales como aplicable para el caso del amparo arbitral, o, en su turno, para el caso del amparo electoral, se funda 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 por 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 un determinado asunto.”

Constitucional²³ se demuestre que el agotamiento de la vía previa, volverá irreparable la vulneración al derecho fundamental, razón por la cual el juez admitirá excepcionalmente la interposición de una demanda de amparo directamente contra el laudo. En este caso, y atendiendo a lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional, tendríamos que aplicar el criterio de competencia residual, esto es, el que determina que a falta de determinación de un criterio de competencia ad hoc, será competente el juzgado especializado.

IV. ¿QUÉ COMPRENDE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO ARBITRAL?, ¿CONTEMPLA LA POSIBILIDAD DE REVISAR EL FONDO DEL LAUDO?

1. Sin entrar a un análisis profundo del tema, la respuesta que salta como evidente es, NO. Nos explicamos: Si entendemos que a través de la celebración del convenio arbitral, las partes –autorizadas expresamente por el ordenamiento jurídico– han renunciado a que la controversia suscitada entre ellas, sea materia de decisión por una autoridad judicial, precisamente para someterla al pronunciamiento de un Tribunal Arbitral, nos parece claro que una revisión judicial, sea en el fuero común o constitucional, no puede entrar al análisis del contenido de la decisión, sino que se debe limitar a verificar los aspectos esenciales que determinan la validez del laudo. Esto es, en nuestra opinión, podrá anular la decisión arbitral, más no pronunciarse sobre el fondo de la controversia, en tanto carece de competencia para ello.

Lo mencionado es además coherente con lo dispuesto en el artículo 61° de la LGA²⁴, que no sólo establece que en la revisión judicial que se realiza a propósito del recurso de anulación, sólo se debe analizar la validez del laudo, sin entrar al fondo de la controversia, sino que además prohíbe expresamente esta posibilidad, bajo responsabilidad²⁵.

²³ *“Artículo 46°.- Excepciones al agotamiento de las vías previas
No será exigible el agotamiento de las vías previas:
(...)
2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pueda convertirse en irreparable.
(...)”*

²⁴ *“Artículo 61°.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos habitarles de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73°. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez o su nulidad.
Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia.” (Resaltado agregado)*

²⁵ Esta posición tiene además total sustento en la doctrina arbitral, pues está totalmente fuera de discusión la imposibilidad de que el Poder Judicial, pueda, por esta vía, revisar el fondo de la controversia. Así, CHOCRÓN GIRÁLDEZ señala: *“..., el recurso de anulación no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va*

2. Sin embargo, de dónde surge nuestra preocupación. Si bien en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional no se afirma que sea posible revisar el fondo de la controversia, lo que sí ha quedado meridianamente claro es que será posible solicitar el control constitucional de una decisión arbitral por incumplimiento de los principios constitucionales de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.

Ahora, el punto complicado es que no se ha hecho la salvedad de cuál es la extensión del derecho a un debido proceso, que puede ser tutelada en la vía del amparo. En efecto, es claro que el debido proceso tiene dos (02) fases: *i)* formal o instrumental: referida a las garantías que aseguran el trámite del proceso hasta la obtención de una decisión final, este es el caso del derecho de defensa, de prueba, de impugnación, a una debida motivación, etc.; y *ii)* material o sustantiva: que implica verificar la justicia de la decisión, esto es, del fondo de lo decidido, a la luz de su compatibilidad con los derechos fundamentales.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha determinado:

“13. (...) En efecto, en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el derecho al debido proceso. Del mismo modo deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como a los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este Colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución”. (Exp. No. 1567-2006-PA/TC. Caso: Compañía de Exploraciones Algamarca). (Resaltado agregado).

Del fundamento transcrito, se advierte que el control constitucional del debido proceso arbitral, al que se refiere el Supremo Intérprete de la Constitución, comprende tanto la fase formal o procesal propiamente dicha, como la fase sustantiva, referida al contenido mismo de la decisión, en función a su respeto a los derechos fundamentales.

En efecto, este criterio ha sido ratificado en la sentencia recaída en el Exp. No. 4972-2006-PA/TC²⁶, en la que expresamente se ha señalado:

contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución.”

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. Los Principios Procesales en el Arbitraje. Ed. BOSCH. Barcelona. 2000. Pag. 211.

26

Esta sentencia ha determinado que son tres (03) las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional:

“17. (...) a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las

“18. (...) así como ocurre respecto de otras variables jurisdiccionales, y principalmente de la judicial, en el caso del supuesto examinado, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión formal o procedimental (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva (Artículo 4)” (Resaltado agregado)

En relación a este tema cabe citar la opinión autorizada del ex Presidente del Tribunal Constitucional, doctor César Landa Arroyo, quien indica²⁷:

*“En tal medida será posible interponer un proceso constitucional de amparo cuando el proceso arbitral se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso que sean aplicables en la jurisdicción arbitral. **Sobre este punto consideramos que las resoluciones emitidas por los árbitros son revisables en sede constitucional, no sólo cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal, sino también cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo al debido proceso material o sustantivo.**” (Resaltado agregado)*

*“Si bien –como hemos señalado- este criterio ha sido desarrollado en el marco de un proceso de amparo incoado contra una resolución judicial, **consideramos que nada impide que, a la hora de evaluar si una resolución arbitral es regular o irregular, el juez constitucional verifique si ésta se encuentra en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales;** tarea que debe ser llevada a cabo modulando la intensidad del control constitucional sobre las resoluciones arbitrales, bajo el canon interpretativo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia²⁸; vale decir, siguiendo los exámenes de razonabilidad, coherencia y suficiencia”.* (Resaltado agregado).

situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.).”

²⁷ LANDA ARROYO, César. Ob. Cit. Pág 39.

²⁸ Refiriéndose a la decisión recaída en el expediente No. 3179-2004 (Caso: Apolonia Ccollcca Ponce)

Es de indicar que el doctor Landa Arroyo está haciendo alusión directa al “Canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales” desarrollado por el Tribunal Constitucional en la decisión recaída en el Expediente No. 3179-2004 (Caso: Apolonia Ccolcca Ponce), en el que –entre otros aspectos– se señala:

*“23.(...) que el Tribunal Constitucional establezca el canon interpretativo bajo el cual realizará el control constitucional de las resoluciones judiciales, sin que ello suponga convertir al Tribunal Constitucional en una cuarta instancia judicial y sí, más bien, a fin de **reconocer que al Tribunal le corresponde, en el proceso de amparo, resolver, ponderadamente, sobre el fondo y la forma de los procesos judiciales ordinarios cuando éstos hayan violado los derechos fundamentales tutelados por el proceso constitucional de amparo.***

Dicho canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, está compuesto en primer lugar, por un examen de razonabilidad, en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.”²⁹

3. Sin embargo, discrepamos respetuosamente de lo señalado por el ex Presidente el Tribunal Constitucional, en el sentido que los parámetros proporcionados para que, vía control constitucional, se emita una resolución que pueda modificar lo decidido respecto del fondo de una controversia por una resolución judicial, no pueden ser aplicados respecto de las resoluciones arbitrales.

En efecto, en nuestra opinión, existen algunos aspectos que ameritan ser considerados:

²⁹

La sentencia del Caso: Apolonia Ccolcca Ponce, desarrolla los siguientes criterios para efectuar un adecuado control constitucional sobre el fondo de una decisión judicial:

“Examen de razonabilidad.- Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona, vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.

Examen de coherencia.- El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo del caso concreto se vincula directamente con el proceso o la decisión judicial que se impugna; de lo contrario, no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.

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 del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado.”

- a) Si bien resulta totalmente razonable sostener que no existiría justificación legal suficiente para afirmar que una decisión arbitral, pueda ser revisada vía amparo, sólo cuando se vulnera el derecho fundamental al debido proceso – entendido en su fase netamente procesal o instrumental– y no cuando se vulneran otros derechos igualmente de fundamentales, pues en ambos casos estaríamos ante un proceso “irregular”³⁰, ello no implica que, vía control constitucional, pueda modificarse lo decidido, variando los términos en los que la controversia fue resuelta por un Tribunal Arbitral.

En efecto, no es lo mismo el control constitucional de las **decisiones judiciales**, emitidas en ejercicio de la potestad estatal de impartir justicia, en tanto ésta proviene de una manifestación de poder soberano emanado del pueblo, donde claramente la responsabilidad de una decisión válida y además justa, es del Estado, que aquél que debe realizarse sobre **decisiones arbitrales**, donde la autoridad de la decisión no reposa en el ejercicio de una potestad soberana del Estado, sino en el ejercicio de un derecho, también fundamental, como es la autonomía de la voluntad, ejercida dentro de los parámetros constitucionales y legales permitidos, según el cual las partes sometieron a un Tribunal Arbitral la decisión de su conflicto sustrayéndolo así, legítimamente de la potestad jurisdiccional estatal.

- b) Más aún si aplicamos los mismos criterios proporcionados por el Tribunal Constitucional como “Canon para el control constitucional de las resoluciones judiciales” (Expediente No. 3179-2004), llegaremos a la conclusión de que éste no permite que un Órgano Jurisdiccional, ni siquiera que el Tribunal Constitucional, pueda entrar al fondo y emitir un pronunciamiento sobre la controversia que fue sometida a arbitraje.

En efecto, haciendo el análisis de razonabilidad, coherencia y suficiencia, tenemos que el control constitucional en materia arbitral debe tener un límite claro: si bien puede verificar la validez de la decisión tomando en consideración para ello el debido proceso instrumental (dentro de los parámetros del proceso arbitral) y material (velando por que no se haya producido una vulneración a derechos fundamentales), su actuación deberá restringirse a la nulidad de la decisión, de advertirse que efectivamente los vicios invocados se presentaron, pero en ningún caso podrá entrar a revocar ni reformar el contenido de lo resuelto arbitralmente.

³⁰ En el caso Apolonia Ccolcca Ponce, mencionado en el cuerpo de este artículo el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

“14. Es inadmisibile desde un punto de vista constitucional que se pueda sostener que una resolución judicial devenga de un proceso “irregular” sólo cuando afecte el derecho a la tutela procesal, y que tal “irregularidad” no acontezca cuando ésta afecta otros derechos fundamentales. A juicio del Tribunal, la irregularidad se produce cada vez que ésta se expida con violación de cualquier derecho fundamental, y no sólo en relación con los contemplados en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional”.

En nuestra opinión, emitir una decisión distinta sobre el fondo, implicaría vulnerar otro derecho fundamental de los ciudadanos, reconocido por la propia Carta Política del Estado³¹: la autonomía de la voluntad, el mismo que les facultó a sustraer la potestad jurisdiccional estatal de resolver su conflicto.

- c) Así, el Tribunal Constitucional podrá verificar el debido proceso material o sustantivo, lo que implicará analizar si hubo una vulneración a un derecho fundamental, y si ésta puede ser tolerada en un Estado de Derecho, en tanto se demuestre que obedeció a fines lícitos y proporcionales. De este modo, de determinarse que la restricción al derecho fundamental supuestamente vulnerado no era permisible, corresponderá que deje sin efecto la decisión arbitral, por ser violatoria a un debido proceso sustantivo, más no podrá emitir una nueva decisión, pues esto se encuentra reservado a los jueces privados a quienes las partes sometieron la solución de su conflicto.

En efecto, en nuestra opinión, un control que exceda estos límites sería inconstitucional, y además tendría la consecuencia nefasta de habilitar una vía en la que se reproduciría la controversia planteada ante el tribunal arbitral, convirtiendo al arbitraje en un suerte de “vía previa a la vía previa (proceso judicial de anulación)”, antes de que la controversia sea resuelta de manera definitiva, por un órgano constitucional en un proceso de amparo. Como se advierte, el convenio arbitral y la autonomía de la voluntad ya no tendrían ninguna relevancia, práctica ni jurídica.

V. ¿CUÁLES SON LOS ALCANCES DEL DEBIDO PROCESO INSTRUMENTAL, ARBITRAL?

1. El debido proceso instrumental, aplicable en materia arbitral, no puede ser el mismo que aquél que opera, por ejemplo, en el proceso judicial civil. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, quien ha señalado:

“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

³¹ “Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

“Artículo 62º.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.”

privado, como puede ser el de pluralidad de instancia". (Exps. Nos: 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC).

"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". (STC 7289-2005-AA)

2. Atendiendo a lo mencionado, consideramos pertinente hacer un breve análisis sobre qué derechos podrían comprender el debido proceso instrumental o procesal, en el arbitraje.

Así, el Tribunal Constitucional ha recogido el concepto de debido proceso instrumental contenido en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, según el cual:

*"Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal"*³². (Subrayado agregado)

Ahora bien, del texto de la misma norma transcrita se advierte que ésta no contiene un *"numerus clausus"* y podemos sostener que "debido proceso" en un concepto indeterminado, que tendrá el alcance que cada autor le atribuya de acuerdo a cada procedimiento, así, este derecho complejo contará con tantos derechos configurantes como nuestra capacidad jurídica y creativa lo permita³³.

³² En líneas generales, estas son las garantías de la función jurisdiccional que también se encuentran reguladas en el artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

³³ CREMADES, refiriéndose a los alcances del debido proceso arbitral en el sistema español y de los aspectos que deben ser materia de control judicial y constitucional señala:

*"La libertad de configurar el procedimiento arbitral, no puede en ningún caso reemplazar la obligación de las partes y del árbitro de respetar tres principios constitucionales de carácter imperativos, aplicables a todo proceso: **audiencia, contradicción e igualdad**. (...)*

Los principios de igualdad, audiencia y contradicción son de aplicación inmediata al arbitraje que, en su caso, serán tutelados por los órganos judiciales que conozcan de la acción de nulación del laudo, o por el propio Tribunal Constitucional, mediante la interposición del recurso de amparo, frente a la resolución de la Audiencia Provincial que desestime la acción de nulidad, cuando

Si aplicamos el concepto de debido proceso (tutela procesal efectiva) en el ámbito arbitral, podemos afirmar que tendrá características propias; sin embargo, debemos dejar claramente establecido, que lo que indicamos a continuación, no refleja sino la opinión de la autora, en base a un ejercicio intelectual que –como tal– no excluye la corrección de cualquier otro.

Así, consideramos lo siguiente:

- a) Derechos que integran el debido proceso arbitral y no conforman el debido proceso judicial:
 - El derecho a ejercer la autonomía de la voluntad y celebrar un convenio arbitral que otorgue a los particulares la potestad de resolver las controversias que surjan respecto de derechos disponibles.
 - El derecho a elegir a los árbitros que resolverán las controversias que – dentro del margen que le otorga el ordenamiento jurídico– sometan a su conocimiento.
 - El derecho a establecer el procedimiento con el que los árbitros deberán resolver las controversias, en la medida que respeten preceptos mínimos como el derecho de defensa, prueba, audiencia, etc.
 - El derecho a que se resuelva en base a criterios de conciencia, y no aplicando el ordenamiento jurídico, en la medida que respeten los derechos fundamentales.
- b) Derechos que no integran el debido proceso arbitral:
 - El derecho a la doble instancia.
 - El derecho a la ejecución forzada de las decisiones arbitrales.
- c) Derechos que constituyen el núcleo del debido proceso arbitral (sin los cuales no existiría debido proceso de ninguna naturaleza):
 - El derecho de defensa, que se manifiesta en la contradicción y audiencia.
 - El derecho a un juez (o árbitro) imparcial.
 - El derecho a la prueba (que comprende el derecho al ofrecimiento, admisión y valoración de medios de prueba).
 - El derecho a una debida motivación de las decisiones.
 - El derecho a la igualdad de trato.

en el arbitraje se hubiese efectivamente vulnerado el derecho fundamental al proceso debido.”

CREMADES, Bernardo M. “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”. En: Lima Arbitration. No. 1 -2006. Pág. 187.

3. En síntesis, en lo que respecta a este tema en particular, lo que queda claro es que los límites del debido proceso arbitral no se encuentran definidos, y que estamos frente a una cuestión esencialmente de interpretación, en la que cada cual tiene su propia teoría, que le atribuye a este derecho, características propias.

Pero, como resulta evidente, necesitamos pautas claras, y que interprete precisamente quien está legalmente llamado a hacerlo con carácter vinculante, quien está llamado a crear predictibilidad y certeza, nos referimos precisamente al Tribunal Constitucional –en ejercicio de las potestades que le confiere el Código Procesal Constitucional– y al Poder Judicial, precisamente para evitar que los alcances de un derecho como el debido proceso, dependan de la necesidad del litigante que obtuvo una decisión adversa a sus intereses.

VI. CONCLUSIONES:

1. Nuestro Tribunal Constitucional, en el ánimo de evitar las continuas interferencias judiciales mientras los procesos arbitrales se encontraban en trámite, ha dictado sendas sentencias que contienen pautas específicas sobre los mecanismos de control aplicables al arbitraje.
2. Uno de los aspectos esenciales, ha sido el reconocimiento de que el derecho al debido proceso es aplicable a los arbitrajes; sin embargo éste no sólo tendrá características propias, sino también mecanismos de control concretos.
3. Así, existen dos mecanismos de control del denominado debido proceso arbitral: *i)* el control judicial que se ejerce a través de los recursos previstos en la LGA, esto es, la apelación y la anulación de laudo; y *ii)* el control constitucional que se realiza a través del proceso de amparo, en la medida que se invoque que el laudo proviene de un arbitraje irregular.
4. Si bien la LGA no preveía una causal de anulación referida a la afectación a un debido proceso arbitral, ésta ha sido incorporada –indebidamente, en nuestra opinión– a través de las decisiones del Tribunal Constitucional, habiéndose previsto además, que para la procedencia de una demanda de amparo por afectación al debido proceso, deberá previamente haberse recurrido a la anulación de laudo por este motivo, y obtenido un resultado adverso que será cuestionado en la vía constitucional.
5. El análisis del debido proceso arbitral comprenderá las dos (02) fases del mismo: *i)* instrumental o procesal propiamente dicha; y *ii)* sustantivo o material, que contempla la justicia de la decisión sobre el fondo, en función al respeto de los derechos fundamentales. Ambos aspectos serán verificados a través del control judicial y constitucional del laudo, lo que implica una duplicidad que, en nuestra opinión, no colabora a la eficacia del proceso.
6. En el proceso de amparo se cuestionará tanto el laudo arbitral, como la resolución judicial que ratificó la validez del primero, al desestimar la pretensión de anulación planteada ante el Poder Judicial. En virtud a ello,

será competente para conocer la demanda, el Órgano Jurisdiccional que conoce de los procesos de amparo contra resolución judicial.

7. En los procesos de amparo, se podrá verificar el debido proceso formal y material; sin embargo, este control se deberá limitar a la eventual anulación de la decisión arbitral, pero –en nuestra opinión– en ningún caso podrá emitirse un pronunciamiento que modifique o sustituya la decisión de la controversia emitida por el Tribunal Arbitral, en tanto los órganos estatales carecen de competencia para ello.
8. Si bien el Tribunal Constitucional ha evitado que en el transcurso del arbitraje se produzcan interferencias jurisdiccionales, en la práctica lo que ha ocurrido es que una vez dictado el laudo se han abierto amplias posibilidades de cuestionar la decisión arbitral por afectación al debido proceso, formal y material, tanto a través de una anulación de laudo, como de un proceso de amparo.
9. Resulta imprescindible que el Tribunal Constitucional establezca lineamientos claros que eviten que los controles judicial y constitucional del debido proceso en el arbitraje, se conviertan en herramientas para dilatar indebidamente la ejecución del laudo arbitral, en lugar de constituir vías idóneas para la protección de los derechos de los justiciables.
10. Algunas propuestas, que estimamos podrían contribuir a guardar coherencia entre los mecanismos de control del debido proceso, sin alterar la eficacia del arbitraje:
 - a) Las afectaciones al debido proceso, deberían ser materia de control constitucional, directamente a través del proceso de amparo, sin que sea necesario agotar una vía previa. Ello supondría que la afectación al derecho de defensa –que a la fecha sí se encuentra prevista como causal de anulación en la LGA–, no sea materia de control judicial a través de recurso de anulación.
 - b) De mantenerse el recurso de anulación –y de ser el caso, de apelación– como vía previa al control constitucional, tendría que establecerse alguna manera de evitar el uso indebido o malicioso del amparo, por ejemplo, disponiéndose que el inicio de este proceso no impedirá la ejecución del laudo, o en su defecto, se podría requerir de alguna suerte de garantía que asegure que si la decisión en el proceso constitucional es desfavorable, la ejecución del laudo se encuentra asegurada, y que además, ocurrirá de manera inmediata.