

Jorge Santistevan de Noriega<sup>(\*)</sup>

## Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral<sup>(\*\*)</sup>

«EL ARBITRAJE, DE POR SÍ, EXIGE UN CONTENIDO PROPIO DEL DEBIDO PROCESO QUE RESPONDA A UNA DE SUS CARACTERÍSTICAS ESENCIALES, EL EJERCICIO DE LA LIBRE VOLUNTAD DE LAS PARTES, DESDE EL INICIO Y HASTA LA CONCLUSIÓN DEL PROCESO ARBITRAL, LO QUE INCLUYE LA EFECTIVIDAD DE LAS DECISIONES QUE ADOPTE EL TRIBUNAL ARBITRAL, QUE SE TRADUCE AL FINAL DEL DÍA EN LAUDOS EJECUTABLES NACIONAL E INTERNACIONALMENTE».

### 1. ¿El arbitraje es un proceso sin distinciones?

El arbitraje, como método de solución de conflictos, gana terreno en el mundo globalizado; la armonización de regímenes regulatorios arbitrales tiende a estandarizarse en ese contexto<sup>(1)</sup>. Así se explica el éxito de la Ley Modelo promovida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida aludiendo a sus siglas en inglés como Ley Modelo UNCITRAL). Ha

(\*) Fundador del Estudio Santistevan de Noriega - Abogados. Doctor en Derecho y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de postgrado en las facultades de Derecho de New York University y University of Wisconsin. Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dicta cursos además en las facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura. Ha sido profesor invitado en materias relacionadas al arbitraje por la Facultad de Derecho de Florida University (UFL) para el curso *Law & Policy in the Americas* y en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile para el diplomado sobre *Business & Contract Law* que se dicta en asociación con American University. Es miembro del Consejo Superior del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM). Ha sido Vicepresidente de la Comisión para la Revisión de la Ley Arbitral de 1996 (creada por la Resolución Ministerial 027-2006-JUS de 25 de enero de 2006), dentro de la cual se gesta el nuevo régimen puesto en vigencia por el Decreto Legislativo 1071. Está registrado como árbitro en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Cajamarca y Piura, así como en las de los centros arbitrales de AMCHAM, la Pontificia Universidad Católica del Perú, el Colegio de Abogados de Lima y la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del antiguo Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) transformado a futuro en Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE). Fue Defensor del Pueblo del Perú entre 1996 y 2000 y anteriormente funcionario y experto de las Naciones Unidas y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

(\*\*) El autor agradece el valioso apoyo recibido de la doctora Katty Mendoza Murgado, abogada asociada del área arbitral del Estudio Santistevan de Noriega - Abogados, con estudios en la Maestría de Derecho Procesal y Solución de Conflictos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y profesora del curso de Negociación, Conciliación y Arbitraje en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

(1) DERAINS, Yves. *La estandarización del procedimiento arbitral: ¿es ineluctable? ¿es positiva?* En: MANTILLA SERRANO, Fernando (coordinador). *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales*. Bogotá: Legis. pp. 158 y 159.

servido de parámetro tanto en países que siguen el sistema legislativo anglosajón del *Common Law* como en aquellos -como el Perú- que pertenecemos a la tradición continental europea del *civil law*.

Es verdad que la tendencia arbitral en el sistema anglosajón va de la mano con la caracterización del arbitraje como un Mecanismo Alternativo de Resolución de Conflictos (conocidos éstos bajo las siglas MARC, que en su versión inglesa se difunde como *Alternative Dispute Resolution* o ADR). Es cierto también que la literatura jurídica del sistema anglosajón<sup>(2)</sup> no se plantea como preocupación especial la aplicación del debido proceso al arbitraje (aunque va de suyo que lo aplican) ni se complican en torno a la extensión de su contenido a un arbitraje que caracterizan como justicia privada en la que predomina la voluntad de las partes.

Probablemente, por la diferente raíz sistémica en los países -como el Perú, que pertenece a la tradición del derecho civil-, nos preocupamos tanto por determinar la naturaleza jurídica del arbitraje y debatimos si estamos frente a una jurisdicción, con el peso y la solemnidad de lo oficial que ello conlleva, o ante un simple mecanismo alternativo de solución de controversias que -por distanciarse del contenido jurisdiccional estatal- pareciera que nos lleva a un proceso de menor jerarquía<sup>(3)</sup>. Nuevamente, la literatura arbitral del sistema anglosajón tampoco se plantea el tema de la naturaleza jurídica del arbitraje. No lo hace a nuestro juicio por dos razones: (i) porque la voz *jurisdiction* en inglés equivale a lo que sería para nosotros la competencia del juzgador para conocer y resolver una controversia con autoridad legal y legitimidad intrínseca; y (ii) por el mayor peso ideológico que se le otorga en el sistema anglosajón a la autonomía de voluntad (*pacta sunt servanda*), que se supone tiene mayor arraigo allá que en el sistema europeo continental<sup>(4)</sup>. Por ello, también, si revisamos la literatura sobre arbitraje en inglés no vamos a encontrar específica mención a la aplicación o extensión del debido proceso al interior de las actuaciones arbitrales.

«EL RÉGIMEN REGULATORIO QUE CONTIENE AL ARBITRAJE EN EL MUNDO DE HOY -Y ESPECIALMENTE EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1071- ESTÁ CONCEBIDO COMO UN CONTINENTE PROPIO QUE OPERA DE MANERA EXCLUSIVA Y EXCLUYENTE, MEJOR AÚN AUTOSUFICIENTE, PARA RESOLVER DENTRO DE SÍ TODO EL UNIVERSO DE POSIBILIDADES QUE PUEDAN SUSCITARSE EN LOS ARBITRAJES, SIN DEPENDER NI SER SUBSIDIARIO DEL PROCESO JUDICIAL».

Esto no significa que no se le considere o no se le utilice sino que, por la obviedad del concepto, su aplicación se piensa natural en el marco de las actuaciones arbitrales. Es, sin embargo, significativo que para el *Arbitration Day*, organizado por la International Bar Association en Dubai para el año 2009, se haya escogido precisamente el tema del debido proceso en el arbitraje. El arbitraje internacional hoy conforma un sistema integrado (*blended* es la palabra inglesa que mejor lo describe) en el que las instituciones del *Common Law* y del derecho continental europeo coexisten y se fertilizan mutuamente. De hecho, la mejor doctrina y práctica arbitral es la que incorpora elementos del *Common Law* con aportes valiosos del sistema continental europeo.

- (2) REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires: La Ley, 2007; MOSES, Margaret. *International Commercial Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2008; SUTTON, David St. John, Judith GILL y Matthew GEARING. *Russell on Arbitration*. 23era edición. Londres: Swell and Maxwell, 2007.
- (3) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 2. Lima: Grijley, 2006. pp. 15-66; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *El retorno de los dinosaurios arbitrales*. En: *Legal Express*. Número 68, 2006. p. 7; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *¿Es un arbitraje un juicio?* En: SOTO COAGUILA, Carlos (director). *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Magna, 2008. p. 145 y siguientes.
- (4) BUSTAMANTE, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: Ara, 2001. pp. 182 y siguientes.

## Jorge Santistevan de Noriega

En relación al debido proceso, desde el punto de vista pragmático y con el impacto persuasivo que le brinda su aceptación universal, las reglas establecidas por la International Bar Association sobre la recolección de pruebas dan buena muestra del esfuerzo práctico por dilucidar problemas relativos a la prueba en los arbitrajes<sup>(5)</sup>.

¿Ocurre esto último entre nosotros? En el Perú, tenemos la tendencia a pensar que quienes admiten que el arbitraje es una jurisdicción están predeterminados a aplicar todo el contenido del debido proceso judicial, que tiene vertientes

constitucionales como derecho fundamental y vertientes procesales al interior de los procesos, lo que puede elevarnos el riesgo de “hiperconstitucionalizar el arbitraje” ya advertido<sup>(6)</sup>. Y es que, además, en su vertiente procesal, el debido proceso no solo es aplicable en los procesos judiciales sino en todos aquellos procedimientos públicos o privados en los que estén en juego derechos fundamentales de las personas.

(5) Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (Traducción no oficial): “Artículo 3.- Documentos

(...)

2. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cualquier Parte podrá presentar al Tribunal Arbitral una Solicitud de Exhibición de Documentos.

3. Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:

a. (i) una descripción del documento requerido que sea suficiente para identificarlo, o (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la categoría de documentos requeridos, la cual deberá ser reducida y específica y referirse a los documentos que razonablemente se crea que existen; b. una descripción de por qué los documentos requeridos son relevantes y sustanciales para la resolución del caso; y c. una declaración acerca de por qué razón los documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita, así como de la razón por la que esa Parte asume que los documentos requeridos están en poder, custodia o control de la otra Parte.

4. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, la Parte a quien se dirija la Solicitud de Exhibición de Documentos deberá presentar al Tribunal Arbitral y a las demás Partes todos los documentos requeridos que se encuentren en su poder, custodia o control y respecto de los cuales no se haya presentado objeción.

(...)

6. El Tribunal Arbitral deberá, consultando a las Partes y en forma expedita, considerar la Solicitud de Exhibición de Documentos y las objeciones a la misma. El Tribunal Arbitral podrá ordenar a la Parte a quien se dirija dicha Solicitud que presente al Tribunal Arbitral y a las demás Partes aquellos documentos requeridos que se encuentren en su poder, custodia o control y respecto de los cuales el Tribunal Arbitral determine que (i) los aspectos que desea probar la Parte que los solicita son relevantes y sustanciales para la resolución del caso, y (ii) no resulta aplicable alguna de las causas de objeción contemplados en el Artículo 9.2.

(...)

9. El Tribunal Arbitral, en cualquier momento antes de la conclusión del arbitraje, podrá pedir a una Parte que presente ante éste, y ante las demás Partes, cualesquiera documentos que considere relevantes y sustanciales para la resolución del caso. Una Parte podrá objetar dicha petición sobre la base de cualesquiera de las causas contemplados en el Artículo 9.2. Si una Parte presenta dicha objeción, el Tribunal Arbitral decidirá si ordena o no la presentación de los documentos con base en las consideraciones contempladas en el Artículo 3.6 y, si lo considera apropiado, mediante el uso del procedimiento contemplado en el Artículo 3.7.

(...)

12. Todos los documentos presentados por una Parte de conformidad con las Reglas IBA sobre Pruebas (o por alguien que no sea Parte de conformidad con el Artículo 3.8), serán mantenidos por el Tribunal Arbitral y por las demás Partes bajo confidencialidad y sólo podrán usarse en relación con el arbitraje. El Tribunal Arbitral podrá expedir órdenes para establecer los términos de esta confidencialidad. Este requisito tendrá lugar sin perjuicio de las demás obligaciones de confidencialidad en el arbitraje.

(6) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 2. Lima: Grijley, 2006. p. 52 y siguientes.

De ser esto así, de pretender aplicarse el más amplio contenido del debido proceso a las actuaciones ante los árbitros, las cosas pueden complicarse mucho en el mundo del arbitraje que es, antes que nada, un mecanismo para resolver controversias patrimoniales o contractuales (u otras que autorice la ley), en el que la voluntad de las partes predomina por su intención de excluirse de la jurisdicción estatal para buscar una solución eficaz a las controversias jurídicas suscitadas a través de un método caracterizado por su flexibilidad. Esto último -solución eficaz, flexibilidad, neutralidad y confidencialidad- es lo que las partes buscan y por ello recurren a la sede arbitral excluyéndose voluntariamente del Poder Judicial.

Entre las partes que así actúan hay que incluir por cierto al Estado que, a través de tratados internacionales o de contratos o disposiciones legales del derecho interno, se somete a arbitraje: sea directamente en el ámbito del Derecho Internacional Público, en el primer caso; sea indirectamente a través de entes o empresas estatales en el derecho interno, en el segundo caso. En todos estos casos, los árbitros deben apuntar a la eficacia del arbitraje, respetando siempre el debido proceso arbitral y contribuyendo así a restablecer la paz social entre las partes contendientes. Esa es la dificultad; de donde el mérito del sistema radicará en encontrar un balance entre la eficiencia y la celeridad -que obliga a suprimir en el arbitraje la doble instancia y las nulidades contra resoluciones interlocutorias- y el estándar mínimo del debido proceso arbitral que se resume en el respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

Por ello, frente a la posición jurisdiccionalista<sup>(7)</sup> del arbitraje que ha consagrado el Tribunal Constitucional del Perú -sobre la base de los artículos 139.1 de la Constitución vigente, en el que se reconoce al arbitraje como excepción a la jurisdicción común (repetiendo el contenido del artículo 233 de la Constitución de 1979 y de los artículos 62 y 63 del texto que nos rige, que, fundamentalmente, habilita al Estado a someter algunas de sus más importantes controversias a arbitraje)- tuvimos oportunidad

-como ya se señaló- de advertir el riesgo al cual esta conceptualización puede llevar: la “hiperconstitucionalización del arbitraje”. Ello, sin dejar de reconocer la importancia de las sentencias constitucionales emanadas por el Tribunal Constitucional que han tenido el mérito de inmunizar a los arbitrajes de interferencias externas de cualquier índole<sup>(8)</sup>, blindaje que ha quedado recogido en la nueva ley aprobada mediante Decreto Legislativo 1071.

Al respecto, cabe solamente señalar que la constitucionalización del arbitraje que se viene extendiendo en América Latina tiene diversas orientaciones<sup>(9)</sup>. Algunos países como Costa Rica (artículo 43), Honduras (artículo 110) y El Salvador (artículo 23) lo reconocen como un derecho constitucional de la persona oponible al Estado. Otros como Colombia (artículo 116), Ecuador (artículo 191), Panamá (artículo 202) y Venezuela (artículos 253 y 258) reconocen al arbitraje en la perspectiva de las garantías institucionales que el constituyente le impone reconocer al Estado, lo que lleva a admitirlo como excepción al monopolio de la administración de justicia del Estado. En algunos casos, como el colombiano -que no es el del Perú-, se llega a concebir que los árbitros son jueces que cumplen función pública de administrar justicia en forma temporal, lo que ha generado problemas en materia de arbitraje y ejecución de laudos nacionales y extranjeros altamente inconvenientes para el arbitraje en Colombia<sup>(10)</sup>.

No ha ocurrido así en el Perú, en donde, por lo contrario, el Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecido que el

(7) El más conspicuo expositor de esta posición en nuestro país es Vidal Ramírez. Véase VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Jurisdiccionalidad del arbitraje*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 3. Lima: Grijley, 2006. p. 53 y siguientes.

(8) STC 6167-2005-PHC/TC; STC 6149 y 6662-2006-PA/TC; y, STC 1567-2006-PA/TC.

(9) MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Autonomía del Derecho del Arbitraje Internacional. ¿Hacia un arbitraje realmente autónomo?* En: MANTILLA-SERRANO, Fernando (coordinador). *Arbitraje Internacional: tensiones actuales*. Bogotá: Legis, 2007. p. 211.

(10) *Ibid.*; véase también ZULETA LONDOÑO, Alberto. *La protección constitucional del Arbitraje*. En: MANTILLA-SERRANO, Fernando (coordinador). *Op. cit.*; pp. 73-84.

## Jorge Santistevan de Noriega

arbitraje es justicia privada autónoma y que los árbitros no ejercen función pública<sup>(11)</sup>. En otras palabras, el riesgo de la “hiperconstitucionalización” del arbitraje se ha manifestado con mayor intensidad en Colombia de lo que modestamente pudimos advertir en su momento en el Perú.

### 2. Distinciones indispensables

No obstante ello, convengamos en que, desde el jurisdiccionalismo o inmersos en los mecanismos alternativos, el debido proceso admisible en el arbitraje existe, debe ser evidentemente conocido y reconocido y debe ser, además, aplicado en las actuaciones arbitrales que hoy en el Perú se rigen por el Decreto Legislativo 1071. El presente artículo tiene por objeto dilucidar precisamente si el contenido del debido proceso en el arbitraje es diferente al aplicable en los procesos judiciales y lo suficientemente autosuficiente en su especificidad como para poder advertir la distancia que separa al arbitraje regido por el Decreto Legislativo 1071 del proceso judicial regido por nuestro venerable Código Procesal Civil.

Que el arbitraje es un proceso, nadie en su sano juicio puede dudarlo. Pero que el arbitraje tiene sus propias características que lo distinguen de un proceso judicial, tampoco debe ser materia de discusión. Si no fuera así, si la autonomía y la autosuficiencia del arbitraje no fueran reconocibles, ¿para qué entonces las partes decidirían recurrir a los árbitros para poner punto final a los conflictos de interés que se suscitan entre ellas? El carácter heterocompositivo del arbitraje también resulta un tema pacífico en la discusión jurídica desde el momento en que es un tercero el que resuelve las controversias con el valor de la cosa juzgada.

La autonomía del arbitraje a nuestro juicio: (i) se funda en el origen inconfundible de la institución que es simplemente el principio de *pacta sunt servanda*; y, (ii) se manifiesta en el régimen regulatorio que lo contiene, no solo a nivel nacional sino internacional que tiene vocación integral y naturaleza autosuficiente.

Así, en relación con (i), el arbitraje pone de manifiesto una modalidad de procesamiento y solución de conflictos jurídicos

que existe únicamente cuando las partes deciden recurrir a ella y en la que estas tienen amplio campo para desarrollar su voluntad -escogiendo incluso la composición de quien tome la decisión con el valor de la cosa juzgada y las reglas bajo las que éste debe actuar. Por ello, el arbitraje no puede confundirse ni subordinarse a la jurisdicción estatal.

Esta última, la jurisdicción estatal, está predeterminada en su composición, en donde las partes no pueden incidir positivamente ya que ellas no nombran ni escogen a los jueces; solo por excepción, a través de la recusación, pueden excluir eventualmente a un juez pero no podrán escoger a su reemplazo que viene determinado por normas de carácter imperativo. Las reglas aplicables al proceso, a su vez, no solamente son preestablecidas sino que son inamovibles, inmodificables y de cumplimiento forzoso por pertenecer al régimen de normas inderogables que rigen los procesos judiciales.

De otro lado, en relación a (ii), el régimen regulatorio que contiene al arbitraje en el mundo de hoy -y especialmente en el Decreto Legislativo 1071- está concebido como un continente propio que opera de manera exclusiva y excluyente, mejor aún autosuficiente, para resolver dentro de sí todo el universo de posibilidades que puedan suscitarse en los arbitrajes, sin depender ni ser subsidiario del proceso judicial.

La naturaleza autosuficiente de la regulación arbitral, más determinante aun con la vigencia del Decreto Legislativo 1071, no excluye ni minimiza la función de apoyo al arbitraje que cumplen los jueces del Poder Judicial, ni la del control del laudo en el marco estricto de las normas previstas para ello en la ley arbitral. De

(11) STC 6167-2005-PHC/TC (considerandos 11 y 12); STC 7181-2006-PHC/TC; véase también SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Distinción entre árbitros y funcionarios públicos en sede constitucional*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 5. Lima: Magna. pp. 403 y 404.

aquí, la preeminencia marcada que ha consagrado el Decreto Legislativo 1071 al excluir como fuente aplicable del arbitraje al Código Procesal Civil, incluso en el caso en el que los jueces cumplan la función de auxilio en materia de medidas cautelares en las que tendrán que regirse por la ley arbitral<sup>(12)</sup>.

En esa dirección -que incorpora al arbitraje autonomía y autosuficiencia regulatoria-, está caminando el mundo. El Perú forma parte de ello en materia legislativa, jurisprudencial y doctrinaria, pues se adscribe a la tendencia que consagra la autonomía del arbitraje a través de lo que disponen sus leyes, pronuncian sus tribunales y escriben sus más connotados especialistas<sup>(13)</sup>. Basta en este sentido mencionar que la nueva ley arbitral peruana llega a modificar códigos y leyes sustantivas para evitar incertidumbres o confusiones y brindar favorabilidad al arbitraje como manifestación de su autosuficiencia y de la tendencia autonómica que nos ha llevado a afirmar la “inevitabilidad”<sup>(14)</sup> del convenio arbitral como el rasgo que define su esencialidad.

### 3. Las actuaciones arbitrales y el debido proceso

Sin embargo, aunque admitamos la autonomía del arbitraje frente al proceso judicial y la autosuficiencia de las reglas que lo regulan, nos enfrentamos a dos preguntas clave: ¿por qué la nueva ley arbitral peruana no contiene un artículo definiendo el mínimo debido proceso arbitral?; y, ¿por qué no lo hace si estamos frente a un régimen autosuficiente?

Julio César Rivera<sup>(15)</sup>, al respecto, señala que “en toda hipótesis los árbitros están obligados a respetar ciertos

principios fundamentales, más allá de los cuales no puede verdaderamente concebirse una verdadera justicia”. ¿Cuáles son estos principios fundamentales, en qué normas se encuentran? ¿Son las normas del debido proceso intercambiables entre un proceso judicial y un arbitraje? La respuesta es que, a nuestro juicio, no son intercambiables debido a la especificidad de que goza el arbitraje, y que ha sido profundizada en nuestra nueva ley arbitral.

El debido proceso como derecho continente, según sabemos, está conformado por un conjunto de derechos esenciales e imprescindibles desde inicio hasta la conclusión de todo proceso judicial. En ese sentido, aunque el debido proceso no esté integrado al catálogo de derechos fundamentales del artículo 2 de la Constitución del Perú, por vía jurisprudencial ha sido incorporado a este en virtud de la cláusula abierta del artículo 3 de la Carta y el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a ello, pues es el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución el que establece de manera enunciativa, como principio de la función jurisdiccional, la observancia por el debido proceso.

También es sabido que el debido proceso, como principio aplicable a todos aquellos órganos que ejercen función jurisdiccional, no

- (12) “Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral (...). 2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna. 3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados”.
- (13) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007.
- (14) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071)*. Separata Especial. Lima: Magna, 2008.
- (15) RIVERA, Julio César. *Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 317.

## Jorge Santistevan de Noriega

solo es aplicable a los procesos judiciales, sino que abarca a todos aquellos procedimientos que se lleven en sede pública o privada en la medida en que vayan a afectar derechos fundamentales. Así lo ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, al señalar lo siguiente: “4. Está consolidada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal, en el sentido de sostener que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 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.

Así, por ejemplo, hemos subrayado que su respeto y protección, además del ámbito estrictamente judicial, debe 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), tribunales arbitrales, etc.”<sup>(16)</sup>

Para concluir, advierte el Tribunal lo siguiente: “5. (...) 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”<sup>(17)</sup>.

Este reconocimiento del Tribunal Constitucional conlleva a afirmar lo siguiente: (i) se puede admitir que los árbitros, al ejercer sus funciones reconocidas constitucionalmente como funciones jurisdiccionales por el Tribunal Constitucional, se deben sujetar a las exigencias del debido proceso aplicable al arbitraje; (ii) la vocación expansiva de la que goza el derecho al debido proceso en la perspectiva constitucional no significa que todas las posibles expresiones que se puedan integrar maximalistamente al derecho-continente del debido proceso vayan a ser aplicables a todos los procesos o procedimientos, pues, (iii) el debido proceso, como principio regulador de la función jurisdiccional, debe responder a las necesidades y características de cada sociedad en un momento histórico<sup>(18)</sup>.

(16) Expediente 7289-2005-PA/TC de fecha 3 de mayo de 2006.

(17) *Ibid.*

(18) BUSTAMANTE, Reynaldo. *Op. cit.*; pp. 248 y 249.

Bajo esta última premisa, debe circunscribirse el papel que desarrolla el arbitraje al que, dadas sus características propias de búsqueda de eficacia mediante métodos flexibles en el ámbito comercial, patrimonial de los contratos y en las inversiones, no se le pueden aplicar las mismas garantías concebibles en el debido proceso judicial.

El arbitraje, de por sí, exige un contenido propio del debido proceso que responda a una de sus características esenciales, el ejercicio de la libre voluntad de las partes, desde el inicio y hasta la conclusión del proceso arbitral, lo que incluye la efectividad de las decisiones que adopte el tribunal arbitral, que se traduce al final del día en laudos ejecutables nacional e internacionalmente.

La voluntad de las partes, como piedra angular y característica principal del arbitraje, es la que permite que sean las partes quienes configuren libremente las reglas sobre las cuales se regirá el Tribunal Arbitral. Ello implica que el contenido del debido proceso en el arbitraje sea distinto al del debido proceso judicial, pues quienes determinarán en un proceso arbitral, *prima facie*, el contenido y las reglas aplicables serán las partes. Así, mientras que en un proceso judicial las reglas se encuentran preestablecidas en el Código Procesal Civil, en un arbitraje las reglas serán establecidas por las partes, de manera integral en un arbitraje *ad hoc* o adhiriéndose voluntariamente a un reglamento arbitral si pactan un arbitraje administrado o institucional.

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado (Expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC) en lo relativo al debido proceso arbitral, pues ha admitido intensidad distinta en el contenido del debido proceso, en

su vertiente procesal, según se trate de una controversia que se ventila en sede judicial o arbitral<sup>(19)</sup>. Al respecto, el Fundamento 38 y siguientes de los mencionados expedientes acumulados, señalan lo siguiente:

“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”.

Ante esta afirmación, nos preguntamos, ¿cuáles serían aquellas exigencias del debido proceso judicial aplicables en sede arbitral? Al respecto, César Landa Arroyo considera que “dichas garantías [las del debido proceso] serán aplicables al arbitraje siempre que sean compatibles con la naturaleza y fines de dicha institución”<sup>(20)</sup>. Es decir, solo serán aplicables aquellas exigencias que no vulneren la flexibilidad, neutralidad y confidencialidad, que, como modalidad alternativa de solución de controversias en la que prevalece por encima de todo la voluntad de las partes, tiene el arbitraje. Agrega Landa Arroyo<sup>(21)</sup>

«EL RESPETO AL DEBIDO PROCESO ARBITRAL SUBYACE EN DOS DE LAS PRINCIPALES CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO, CONFORME AL ARTÍCULO 62 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1071: LOS INCISOS B) Y C) DEL NUMERAL 1 DE DICHO ARTÍCULO».

que algunas de las manifestaciones del derecho al debido proceso que forman parte del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral son las siguientes: (i) derecho al acceso a la jurisdicción arbitral; (ii) derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o Tribunal Arbitral imparcial; (iii) derecho a la igualdad en el proceso; (iv) derecho de defensa; (v) derecho a probar; (vi) derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales; y, (vii) derecho a la ejecución de los laudos arbitrales.

Es recomendable precisar que, durante los debates para la promulgación de la nueva Ley de Arbitraje, abogamos sin éxito por enmarcar el contenido esencial del debido proceso arbitral, siguiendo así a las más modernas leyes arbitrales que se han promulgado en España y Chile, donde se reconocen como los principios arbitrales el de contradicción, audiencia e igualdad entre las partes<sup>(22)</sup>.

(19) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “in toto”*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 4. Lima: Magna, 2007. p. 27.

(20) LANDAARROYO, César. *El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Themis*. Número 53. p. 40.

(21) *Ibid.*; pp. 40-42.

(22) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 2. Lima: Grijley, 2006. pp. 56 y 57; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008, p.725. Véase Ley de Arbitraje española 60/2003 (artículo 24); Ley de Arbitraje Comercial Internacional chilena 1971 (artículo 18) y Proyecto Modificatorio de la Ley General de Arbitraje (artículo 33).

Jorge Santistevan de Noriega

#### 4. La afectación al derecho de defensa como causal de anulación de un laudo arbitral

Más allá del debate teórico sobre el contenido mínimo del debido proceso arbitral y del aporte que se pueda lograr para facilitar las actuaciones arbitrales dilucidando las diferencias con el proceso judicial, el punto singular de esta discusión radica en que el respeto al debido proceso arbitral subyace en dos de las principales causales de anulación del laudo, conforme al artículo 62 del Decreto Legislativo 1071<sup>(23)</sup>: los incisos b) y c) del numeral 1 de dicho artículo. En síntesis, estos sancionan con anulación del laudo cuando se haya alegado y probado: (i) una situación de total indefensión (que la parte no haya sido notificada de las actuaciones judiciales o del nombramiento de un árbitro, con lo que la indefensión es absoluta, pues, en realidad, no ha tenido acceso a la justicia arbitral, por lo que no ha podido hacer valer sus derechos dentro del arbitraje y la anulación debe retrotraer las actuaciones hasta el momento previo a la notificación indebida para que la parte afectada pueda nombrar a su árbitro, ser escuchada, contradecir y hacer valer sus derechos dentro del arbitraje); (ii) que, por cualquier otra razón, no ha podido hacer valer sus derechos (con lo que la anulación retrotrae sus efectos nuevamente a la sede arbitral para superarla), lo que, igualmente, abre el amplio campo de violaciones al derecho de defensa que deberán definirse en el ámbito de la autonomía del arbitraje e intentaremos hacerlo más adelante; y, (iii) cuando la composición del tribunal y las actuaciones arbitrales se hayan apartado del acuerdo entre las partes, del reglamento arbitral aplicable o de lo que el Decreto Legislativo 1071 establece, lo que nos lleva a una mezcla de razones de legalidad con elementos del debido proceso. No

olvidemos tampoco que delimitar el contenido esencial del debido proceso arbitral, permitirá lo siguiente: (i) que los árbitros conozcan cuáles son aquellas reglas imprescindibles a las cuales se deberán sujetar al resolver los conflictos sometidos a su conocimiento; y, (ii) que las partes al fijar las reglas que regirán su proceso arbitral lo hagan teniendo en cuenta previamente el contenido esencial e ineludible al que debe quedar sometido cada arbitraje.

Sin embargo, ¿cómo delimitamos las afectaciones al derecho de defensa que constituyen una manera singular del debido proceso arbitral? Para comenzar, esta causal de anulación que alude al derecho de defensa y se inserta en el debido proceso no es exclusiva de la ley peruana, ni de la Ley Modelo UNCITRAL. Está también señalada en el artículo V.1.(b) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958<sup>(24)</sup>, lo que nos permite una guía segura de lo que se ha entendido como el resquebrajamiento del derecho de defensa que se sanciona con la anulación del laudo nacional o internacionalmente.

##### 4.1. El derecho a ser escuchado

La doctrina en este caso alude a un estándar mínimo uniforme<sup>(25)</sup>, cuyo contenido va a depender de la tradición jurídica del sistema

(23) "Artículo 62.- Recurso de anulación

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63º.

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".

(24) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de New York de 1958): "Artículo V.-

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante al autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(...) b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón hacer valer sus medios de defensa".

(25) ALONSO, José María. *El Derecho de Defensa*. En: TAWIL, Guido y Eduardo ZULETA (directores). *El Arbitraje Internacional*

en que se vaya a juzgar esta causal de anulación. Así, bajo las reglas del *Common Law*, la parte que alega la anulación debería probar que no ha tenido la oportunidad de ser escuchada en el arbitraje, lo que supone haber conocido el tema sometido a arbitraje, haber sido debidamente notificada, haber podido participar en una audiencia de pruebas aportándolas y contradiciendo las de su contraparte y haber obtenido una decisión imparcial de los árbitros. La doctrina no equipara ello a las garantías del proceso judicial pues, en general, lo que se busca en el arbitraje es que “las partes hayan tenido una oportunidad adecuada para presentar sus pruebas y argumentos”<sup>(26)</sup>.

Por ello, en materia arbitral, el estándar mínimo se concreta en el derecho de presentar el caso y defenderlo bajo el principio de contradicción y el respeto al principio de igualdad entre las partes, que constituye la piedra angular de la imparcialidad del laudo arbitral. ¿A qué se contrae la igualdad como principio? Citando autores internacionales, José María Alonso enseña que “un tribunal arbitral debe tratar situaciones similares de forma similar, y adoptar medidas distintas sólo si las circunstancias lo justifican, de manera que el árbitro no deniegue a una parte aquello que ha concedido a la otra y que no conceda a una parte aquello que ha denegado a la otra”<sup>(27)</sup>.

#### 4.2. Contenido mínimo de los derechos procesales en el arbitraje

A continuación, desarrollaremos aquellas exigencias o estándares mínimos que, dadas las características propias del arbitraje, según consideramos, deben cumplir todas las partes involucradas en el arbitraje, los árbitros y tribunales arbitrales, al resolver los conflictos sometidos a arbitraje, los cuales definirán el contenido esencial del debido proceso arbitral.

La doctrina suiza, en boca de Poudret y Besson<sup>(28)</sup>, habla específicamente del contenido de los derechos fundamentales procesales en el arbitraje y, aunque admite diversas expresiones lingüísticas utilizadas en el derecho comparado, parten del

principio general de contradicción entendido como la oportunidad ineludible de cada parte de “presentar su caso”. A partir de allí -y sin entrar en complicaciones constitucionales que, según admiten estos autores, son ajenas al debido proceso arbitral-, encuentran que el debido proceso en el arbitraje supone cuando menos<sup>(29)</sup>: (i) el derecho a presentar los hechos y los argumentos legales a los árbitros antes de que se emita el laudo, pronunciándose por una preferencia a que estos sean presentados oralmente; (ii) acceso a toda la información que esté a disposición de los árbitros, sea presentada por la otra parte u obtenida de otro modo, lo que supone el principio de que todo documento o evidencia que sea recibida por el tribunal sea conocida por la otra parte o por cada una de las partes; (iii) el derecho que debe ser concedido a las partes de expresarse sobre todos los elementos de hecho o de derecho, en los que el laudo pueda basarse; (iv) el derecho a la prueba, que supone la presentación de pruebas y la posibilidad de rebatirlas; y, (v) el principio de igualdad entre las partes.

Evidentemente, el respeto al derecho de defensa de las partes se sustenta en buena medida en la posibilidad que tienen estas de probar, utilizando igualdad de armas entre cada parte o, por lo menos, dándole a cada una la misma posibilidad de utilizar y contradecir los medios probatorios de la otra. Los laudos finalmente válidos y el derecho de defensa que se respeta en el ámbito del debido proceso arbitral exigen que, con la flexibilidad del caso, se facilite a las partes aportar medios probatorios sin recortes de ninguna excepción. Una condición *sine qua non* a admitir pruebas

Comercial - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. pp. 453 y 454.

(26) *Ibid.*; p. 455.

(27) *Ibid.*; p. 460. Se citan los trabajos de Rodney- Müller, Petrochilhos, Chedly y Frignani, así como Lalive-Poudret-Reymond.

(28) POUURET, Jean Francois y Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Londres: Thomson, Sweet & Maxwell, 2007. p. 470.

(29) *Ibid.*; p. 470 y siguientes.

Jorge Santistevan de Noriega

en el arbitraje consiste en que cada prueba que aporte una parte sea sometida al contradictorio para que, en el mismo pie de igualdad, la otra parte tenga la posibilidad de rebatirla o contradecirla con una de peso equivalente.

#### 4.3. Aplicación del *iura novit curiae*

Se suele decir modernamente, en materia arbitral, que la presentación de los hechos corresponde a las partes, así como su probanza recae sobre sus hombros; pero la aplicación del derecho constituye una responsabilidad de los árbitros. Sin embargo, ¿pueden en este contexto aplicar los árbitros *ex officio* las normas de derecho e instituciones jurídicas, sin que las partes los hayan alegado, que es en lo que consiste el principio *iura novit curiae*? En principio, pueden y deben hacerlo, sin negar el derecho de las partes a alegar y argumentar los asuntos jurídicos. Tal aplicación no está pues vedada<sup>(30)</sup>.

No obstante, la jurisprudencia internacional ha determinado que los árbitros no podrían aplicar *ex officio* el derecho que las partes no hayan alegado, de manera sorpresiva. De hacerlo, estarían restringiendo de algún modo el derecho de defensa, lo que se sanciona con la anulación del laudo, por lo que, en el ámbito de la flexibilidad, los árbitros deberían encontrar la manera de someter a debate, sobre la base de los principios de contradicción e igualdad, la posible aplicación de un derecho no alegado para evitar incurrir en sorpresas indeseadas y en la anulación posible del laudo.

## 5. Las actuaciones arbitrales y sus estándares mínimos en la ley peruana

Sobre la base de las enseñanzas doctrinarias del debido proceso en materia arbitral, resulta necesario comprobar cómo ello ha sido traducido en la nueva ley de arbitraje del Perú aprobada mediante el Decreto Legislativo 1071.

### 5.1. La autonomía de la voluntad y la libre configuración de las actuaciones arbitrales

Es ilustrativa la metáfora utilizada doctrinariamente<sup>(31)</sup>, en la que las actuaciones arbitrales se asemejan a la travesía que van a realizar las partes que son dueñas del barco que los va a conducir desde el punto de partida (la redacción del convenio arbitral y las actuaciones iniciales del arbitraje) hasta el final del viaje que se concreta en el laudo. De qué punto partir y a cuál llegar serán determinados por los dueños, quienes podrían incluso establecer a su libre albedrío el itinerario deseado (las reglas del arbitraje). No obstante, una vez ocurrido el zarpe del puerto y hecho el barco a la mar, los tripulantes-dueños ya no serán libres de dar las indicaciones de cómo afrontar la travesía, pues dependerá del tribunal-capitán-del-barco establecer el rumbo más certero y tomar las medidas necesarias para llegar al destino de maneta expeditiva, segura y eficaz.

La libertad de configuración de las actuaciones arbitrales consagrado en el artículo 34 del Decreto Legislativo 1071<sup>(32)</sup> permite que sean las partes quienes acuerden las reglas a las que se sujetará el Tribunal arbitral en sus actuaciones. Esta libertad de regulación, por la cual el arbitraje se encuentra sometido a la autonomía de voluntad de las partes, conlleva a que se considere al arbitraje como un sistema de libre configuración de reglas con rasgos adversariales. Sin embargo, conforme lo establece el mencionado artículo 34 del Decreto Legislativo 1071, a falta de acuerdo

(30) ALONSO, José María. *Op. cit.*; p. 464. Trata el tema en relación con la motivación del laudo. POUURET, Jean Francois y Sébastien BESSON. *Op. cit.*; p. 475.

(31) REDFERN, Alan y Martin HUNTER. *Op. cit.*; p. 388.

(32) "Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

entre las partes o de reglamento arbitral aplicable, será el Tribunal arbitral quien decidirá las reglas que considere más apropiadas, convirtiendo con esto al arbitraje en un sistema con ciertos elementos inquisitivos conforme las actuaciones avancen<sup>(33)</sup>.

## 5.2. Elección del tribunal, lugar e idioma del arbitraje y confidencialidad o reserva

La importancia que tiene la voluntad de las partes en el arbitraje implica que sea en ellas en quienes radiquen los siguientes derechos que están claramente recogidos en el Decreto Legislativo 1071: (i) participar en la elección del tribunal arbitral<sup>(34)</sup>; (ii) elegir el lugar del arbitraje<sup>(35)</sup> y el idioma<sup>(36)</sup> en que las actuaciones han de desarrollarse; (iii)

definir la confidencialidad<sup>(37)</sup> y la privacidad de las audiencias y de las actuaciones en general<sup>(38)</sup>.

## 5.3. El acceso al arbitraje

El derecho de acceso al arbitraje deriva directamente de la existencia de un convenio arbitral<sup>(39)</sup>. Es un acceso inicialmente libre (a la hora de suscribir el convenio), pero posteriormente obligatorio en virtud del doble efecto que tiene el convenio arbitral. Al respecto, al desarrollar la inevitabilidad del arbitraje en el nuevo Decreto Legislativo 1071, hemos señalado que el solo convenio

(33) MERINO MERCHÁN, José y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3era edición. Navarra: Thomson/Civitas, 2006. p. 617.

(34) "Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros.  
(...)

3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo (...).

Artículo 19.- Número de árbitros.

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros".

(35) "Artículo 35.- Lugar del arbitraje.

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes".

(36) "Artículo 36.- Idioma del arbitraje.

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso".

(37) "Artículo 51.- Confidencialidad.

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

(38) "Artículo 42.- 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".

(39) "Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

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

## Jorge Santistevan de Noriega

arbitral -como todo lo que emana de un contrato válido, bajo el principio *pacta sunt servanda*- genera un vínculo obligacional lo suficientemente fuerte como para que cualquiera de las partes en el convenio, asumiendo el papel de sujeto activo, lleve a arbitraje a su contraparte para resolver las controversias emanadas de un contrato o de un asunto autorizado por la ley para ser sometido a arbitraje.

En esta acción, pone de manifiesto el efecto positivo del convenio arbitral<sup>(40)</sup>, que le da derecho a cada una de las partes de obligar a la otra al sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio, siendo este el fundamento y la fuente de la facultad de resolver con la calidad de la cosa juzgada que les corresponde a los árbitros<sup>(41)</sup>. Pero, además del efecto positivo por el cual las partes se encuentran obligadas a someter sus controversias al fuero arbitral, existe el efecto negativo del convenio arbitral<sup>(42)</sup>, que impide que durante las actuaciones arbitrales intervenga autoridad judicial alguna<sup>(43)</sup>. En conclusión, el convenio arbitral en la nueva regulación conlleva inevitablemente a que se logre la eficacia plena de la voluntad de las partes de resolver la controversia mediante arbitraje, sin interferencia de autoridad alguna. La nueva ley de arbitraje da así origen a esta modalidad de justicia privada que ineludiblemente deberá llegar a solucionar la controversia, sin que nadie pueda menoscabar sus atribuciones, con el valor de

la cosa juzgada, y restablecer así la armonía de intereses entre las partes contendientes.

En materia arbitral, a diferencia de lo que sucede en un proceso judicial donde la acción y el acceso a la justicia se materializa con la interposición de la demanda, el derecho de acceso al arbitraje se materializa con la mera petición de arbitraje, con la cual se da inicio a las actuaciones arbitrales<sup>(44)</sup>.

### 5.4. El derecho a un árbitro independiente e imparcial

Los árbitros, al ejercer sus funciones, deben actuar con total imparcialidad e independencia; de ello dependerá que el arbitraje se desarrolle correctamente. Si bien no existe una definición precisa sobre los términos “independencia” e “imparcialidad”, usualmente se dice que la independencia es un concepto más objetivo que parte de las relaciones del árbitro con las partes; mientras que la imparcialidad es un término más subjetivo que implica la actitud o mentalidad que tenga el árbitro con respecto al caso concreto<sup>(45)</sup>.

(40) CREMADES, Bernardo. *Del Convenio Arbitral y sus Efectos*. En: DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y Santiago HIERRO ANIBARRO (coordinadores). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. p. 271-323, especialmente pp. 304 y siguientes.

(41) MANTILLA SERRANO. *Ley de Arbitraje - Una Perspectiva Internacional*. pp. 89 y siguientes.

(42) “Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

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

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.”

(43) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071)*. Separata Especial. Lima: Magna, 2008. pp. 11-13.

(44) “Artículo 33.- Inicio del arbitraje.

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje”.

(45) ALONSO, José María. *La independencia e imparcialidad de los árbitros*. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 2. Lima: Grijley, 2006. p. 98.

Este derecho a gozar de un árbitro independiente e imparcial supone el derecho de recusación que tienen las partes contra aquel árbitro que no cumple con estas condiciones<sup>(46)</sup>, ya que el incumplimiento a sus obligaciones de independencia e imparcialidad podría configurar una causal de anulación del laudo<sup>(47)</sup>.

Los deberes de imparcialidad e independencia no solo deben ser exigidos al inicio del arbitraje, sino que deben permanecer durante todas las actuaciones arbitrales. Para ello, los árbitros deben cumplir con revelar, sin demora alguna, todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

#### 5.5. El derecho a la igualdad entre las partes<sup>(48)</sup>

El artículo 34 de la nueva ley de arbitraje peruana, Decreto Legislativo 1071, recoge lo dispuesto por la Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 18, según el cual “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. Esto último supone lo que en doctrina se conoce como igualdad de armas a ser utilizadas por las partes para defender sus derechos y los árbitros deberán velar celosamente porque al menos las partes

tengan tal posibilidad de iguales armas para no afectar la validez del laudo por recortes al derecho de defensa que le corresponde a cada una de ellas y que se sanciona (dicho recorte) con la anulación del laudo.

Conforme lo señala Ana María Chocrón<sup>(49)</sup>, el principio de igualdad, aplicable también al arbitraje, implica que las partes puedan disponer de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a la defensa de sus respectivos intereses. En ese sentido, Fernández Rozas<sup>(50)</sup> señala que “no se trata de que haya que otorgar a cada parte un número igual de posibilidades en la alegación y en la prueba de sus pretensiones, sino que las posibilidades de efectuarlas sean similares y el tribunal arbitral [no] coloque a una de las partes en una situación de inferioridad”. Esta igualdad de las partes se debe efectivizar durante todo el desarrollo del proceso arbitral, que implica su obligatoriedad desde que se establezca el procedimiento de designación de los árbitros<sup>(51)</sup>

(46) “Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados”.

(47) “Artículo 63.- Causales de anulación.

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

(...)

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo”.

(48) “Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

(...)

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.

(49) CHOCHRÓN GIRALDES, Ana María. *Los principios procesales del arbitraje*. Barcelona: José María Bosch, 2000. p. 76.

(50) FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Op. cit.*; p.731.

(51) “Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad”.

## Jorge Santistevan de Noriega

hasta la fijación de las reglas sobre las cuales se regirá el tribunal arbitral al resolver la controversia<sup>(52)</sup>.

La igualdad en el tratamiento de las partes supone necesariamente la imparcialidad con la que debe actuar el árbitro desde el inicio del arbitraje y durante toda su permanencia en el cargo.

### 5.6. El derecho de contradicción<sup>(53)</sup> y audiencia<sup>(54)</sup>

El derecho de contradicción es una de las manifestaciones del derecho de defensa, por el cual las partes tienen la oportunidad durante el proceso arbitral de hacer valer sus pretensiones. Conforme lo mencionan Merino Merchán y Chillón Medina<sup>(55)</sup>

“el contradictorio desempeña (...) un factor de equilibrio entre los compromitentes, necesario para que el árbitro pueda llegar por el análisis profundo de las circunstancias y de las alegaciones de parte al conocimiento de la *litis* y a través de ella a la verdad material”.

El derecho de contradicción, conforme lo dispone el Decreto Legislativo 1071, supone las siguientes posibilidades: (i) impugnar al interior del proceso arbitral<sup>(56)</sup>; y, (ii) recurrir *ex post* en anulación de laudo<sup>(57)</sup>, a condición de cumplir ciertas exigencias legales<sup>(58)(59)</sup>.

(52) “Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

(...)

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.

(53) “Artículo 42.- Audiencias.

(...)

4. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral se pondrá en conocimiento de la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material perteneciente a la controversia que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar su decisión”.

(54) “Artículo 42.- 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.

2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.

3. Salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas”.

(55) MERINO MERCHÁN, José y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*; p. 618.

(56) “Artículo 49.- Reconsideración

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral”.

(57) “Artículo 62.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63°.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la anulación 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”.

(58) “Artículo 63.- Causales de anulación.

(...)

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del apartado 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas”.

(59) “Artículo 63.- Causales de anulación.

(...)

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos”.

Por su parte, el principio o derecho de audiencia supone la posibilidad de que la parte sea oída y con ello pueda formular alegaciones en su defensa preferentemente de manera oral, según la práctica arbitral universal. Este principio presupone la libertad de acceso al arbitraje, que deriva directamente de comprobar la existencia de un convenio arbitral.

Ambos derechos, el de contradicción y audiencia garantizan el derecho de defensa del que deben gozar ambas partes.

### 5.7. El derecho a probar<sup>(60)</sup>

El derecho a probar es un derecho esencial del debido proceso que, de manera genérica, implica el derecho a ofrecer medios probatorios, a que se admitan los medios probatorios ofrecidos, a que se actúen adecuadamente y a que dicha actuación sea adecuada a los fines del arbitraje. Supone, además, el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba<sup>(61)</sup> y el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios probatorios que hayan sido actuados o practicados<sup>(62)</sup>.

Sin embargo, debe destacarse que este derecho a probar de las partes cae conforme a la regla del artículo 43 bajo el control exclusivo del tribunal. No son, entonces, las partes las que determinan la admisibilidad, pertinencia, actuación y el valor de la prueba, sino que ello recae bajo la responsabilidad exclusiva del tribunal. Igual ocurre con la valoración de los medios probatorios. Puede entonces un tribunal admitir o rechazar una prueba e inclusive no darle mérito o dejar de lado a una actuada, pero, en estas dos últimas circunstancias (rechazo o dejar de lado), tendrá que hacerlo motivadamente.

En ese sentido el Tribunal Constitucional, en la STC 06712-2005-HC/TC, ha señalado que el derecho a probar “se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado”.

En sede arbitral, este derecho a probar, reconocido constitucionalmente, tiene una singularidad, pues son los árbitros quienes tienen la potestad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas<sup>(63)</sup>. Si bien los árbitros gozan de dicha potestad, esta debe respetar el derecho a probar que tienen las partes, razón por la cual, si el tribunal decidiera prescindir de las pruebas ofrecidas y no actuadas, la ley exige que esta decisión sea debidamente motivada<sup>(64)</sup>.

(60) “Artículo 43.- 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”.

(61) Recuérdese que el Decreto Legislativo 1071, en el artículo 47.2 (b), considera medida cautelar la destinada a preservar “elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

(62) BUSTAMANTE, Reynaldo. *Op. cit.*; p. 215.

(63) “Artículo 44.- 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”.

(64) “Artículo 44.- Pruebas

(...)

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

## Jorge Santistevan de Noriega

La práctica arbitral en el mundo ha establecido determinados parámetros en cuanto al tipo de prueba que es admisible y de uso generalizado en el arbitraje. Decimos la práctica, pues este no es un asunto del que traten detalladamente las leyes de arbitraje ni está desarrollado en la Ley Modelo UNCITRAL. Sin embargo, en 1999, se aprobaron las reglas de la IBA sobre la materia que son consideradas como una verdadera codificación de la práctica universal<sup>(65)</sup>.

¿Cuál es la práctica universal del arbitraje en materia probatoria? Dado que en el Perú, con el Decreto Legislativo 1071, tenemos un sistema autosuficiente de regulación arbitral, creemos necesario resumir brevemente esta práctica, pues a ella habrán de remitirse los árbitros, más que a la normativa procesal civil que no se aplica más como fuente supletoria en el arbitraje.

El acervo arbitral permite el ofrecimiento y actuación de las siguientes categorías de prueba: (i) los documentos o instrumentos en general, que, en materia arbitral, suponen también la obligación de permitir el acceso y entrega de documentos o instrumentos solicitados por la parte contraria siempre que sean relevantes a la materia en disputa, dentro de un marco razonable como

lo establecen las reglas de la IBA<sup>(66)</sup>; (ii) los testigos, que universalmente deben estar sujetos al interrogatorio de la parte que los presenta y al contrainterrogatorio de la parte contraria, bajo la conducción del tribunal y bajo juramento en nuestro medio debido al reconocimiento constitucional del arbitraje; (iii) la opinión de los expertos o pericias, que pueden ser de parte o de oficio y ser sometidas a las técnicas de interrogación y contrainterrogación individual o a la del debate pericial (*experts conferencing*) para mejor cumplir con el principio de contradicción que sustenta el debido proceso arbitral, así como para ilustrar y especializar a los árbitros, salvo que el tribunal no lo considere oportuno y lo fundamente; y, (iv) otros medios probatorios como las “visitas de inspección” que pueden ser realizadas por el tribunal en pleno o encomendadas a uno o dos árbitros y que pueden apoyarse en medios tecnológicos modernos para registrar y mostrar en audiencia la situación de hecho relacionada con la materia controvertida<sup>(67)</sup>.

(65) POUURET, Jean Francois y Sébastien BESSON. *Op. cit.*; p. 552.

(66) Se discute mucho si se admite el *discovery* en el arbitraje en el Perú. Para comenzar -siguiendo a POUURET, Jean Francois y Sébastien BESSON. *Op. cit.*; pp. 555-879 en el análisis comparado-, la palabra tiene distintos significados en distintas partes del mundo. Tomada en el sentido norteamericano (que, según advierten algunos, es básicamente neoyorquino), podría llegar a ser una caja de Pandora que permite expediciones para “descubrir” pruebas que no sean de conocimiento de la parte que lo pide, lo que supone las llamadas *fishing expeditions*, visitas al lugar materia del arbitraje, toma de declaraciones testimoniales (*depositions*), con enorme riesgo de demoras e incremento de los costos. La más elaborada presentación jurídica del *discovery* no ortodoxo (*unorthodox*) en las instituciones internacionales de arbitraje -una de las cuales está constituida por las reglas de la IBA- a la que hemos tenido acceso en el Perú está contenida en: MARTÍNEZ FRAGA, Pedro J. *International Commercial Arbitration - United States Doctrinal Developments and American Style Discovery*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2008. pp. 113-134. Sin embargo, para un inglés, sería fundamentalmente la obligación de mostrar documentación relevante para el arbitraje, más cercanamente de la producción de documentos que se conoce en el derecho continental europeo. No cabe aquí discutir si vamos a practicar o no en el Perú, que por cierto ni la ley ni los principales centros de arbitraje prohíben. Baste señalar que el estándar de producción de documentos relevantes (que preferimos llamar entrega de documentos pues estos deben preexistir a la controversia y a la solicitud que se les presente a los árbitros) debe acoger los términos de las reglas IBA y debe ser utilizado corrientemente en nuestro medio para estar a la altura de la práctica arbitral mundial. Habría que pensar en aplicar las multas que la práctica arbitral internacional admite (*astreintes*) para acrecentar el acervo probatorio que permita mejor a los árbitros resolver la controversia. En todo caso, la regla pertinente sobre producción de documentos establece que 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.

(67) En esta breve descripción se ha seguido a POUURET, Jean Francois y Sébastien BESSON. *Op. cit.*; pp.549-564, junto con las experiencias del autor como árbitro.

### 5.8. El derecho a la motivación de las resoluciones arbitrales

El derecho de las partes a obtener resoluciones debidamente motivadas es un derecho que garantiza el debido proceso. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 06712-2005-HC/TC), “la debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva”.

Ese es el sentido que deben seguir las resoluciones arbitrales. Deberán expresar cuál ha sido el razonamiento y fundamento de los árbitros al momento de resolver. Ello permitirá analizar la imparcialidad e independencia con la cual viene resolviendo el árbitro durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como el razonamiento lógico-jurídico que justifique la decisión final contenida en el laudo o en la resolución arbitral de la que se trate. Más allá de lo dicho, que se desenvuelve en el marco del sustento legal de un laudo o de una resolución, la motivación debe abonar a favor de la legitimidad de la decisión que tomen los árbitros. Tal legitimidad se logrará únicamente si, por su motivación, el laudo resulta creíble por imparcial y jurídicamente admisible por las partes que se dispongan a cumplirlo, o, eventualmente, se confirmará por el juez de control del laudo en la eventualidad en que este llegue a conocimiento del Poder Judicial a través de un recurso de anulación.

### 5.9. El derecho a obtener una resolución con el valor de la cosa juzgada<sup>(68)</sup>

El laudo produce efectos de cosa juzgada, es decir, no es cuestionable y las decisiones en él asumidas gozan de certeza. El carácter incuestionable intrínseco a la calidad de cosa juzgada otorga seguridad a las partes respecto al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Recordemos que la derogada Ley General de Arbitraje permitía que los laudos, previo acuerdo de las partes, puedan ser materia de apelación. Esta opción ha desaparecido de nuestra novísima legislación arbitral con lo que ha quedado reafirmado el efecto de *res judicata* que deben producir los laudos.

### 5.10. El derecho a la ejecución de los laudos

Este derecho tiene por finalidad que lo resuelto por el árbitro o Tribunal se efectivice, es decir, que no quede como letra muerta, sino que objetivamente sea un hecho contrastable. El derecho a la ejecución del laudo se encuentra regulado en el Decreto Legislativo 1071 a través de dos vías, la vía arbitral<sup>(69)</sup> y la vía judicial<sup>(70)</sup>, cada una de ellas con sus propias particularidades.

Todo el ejercicio arbitral puede resumirse en un solo objetivo: la solución de la controversia (de cada una de las controversias de las que conste el arbitraje en verdad) con el valor de la

(68) “Artículo 59.- Efectos del laudo.

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada”.

(69) “Artículo 67.- Ejecución arbitral.

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

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

(70) “Artículo 68.- Ejecución judicial.

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de

## Jorge Santistevan de Noriega

cosa juzgada. Para eso, se suscriben los convenios arbitrales y, para ello, se desarrollan las actuaciones que conducen los árbitros. Se logra así el pleno despliegue del efecto positivo del convenio arbitral y se alcanza así el pleno propósito del respeto al debido proceso arbitral.

Como consecuencia de lo señalado, queda establecido que se incluye en el ámbito del debido proceso arbitral el derecho a que el laudo se ejecute, lo que también está consagrado en la nueva ley peruana con características novedosas. Así, el laudo puede ser (i) ejecutado por el juez de apoyo bajo los términos del Decreto Legislativo 1071; y (ii) ejecutado por los propios árbitros en la medida en que así haya sido pactado por las partes bajo las reglas del artículo 67 de la ley.

La ejecución arbitral del laudo exige como presupuestos los siguientes: (i) que sea a solicitud de parte; (ii) que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable la facultad del tribunal para ejecutar sus laudos. Por su parte, la ejecución judicial no requiere de ningún acuerdo previo, bastando adjuntar a la solicitud de ejecución el laudo con sus respectivas rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones, para que la autoridad judicial dicte mandato de ejecución, bajo apercibimiento de ejecución forzosa.

### 6. A modo de conclusión

El arbitraje y su regulación en el Perú se han puesto en una posición de avanzada con respecto a los estándares universalmente aplicados en la materia. El Decreto Legislativo 1071 profundiza la autonomía del arbitraje y consagra un régimen autosuficiente de regulación que ha terminado por separar con claridad el espacio de las actuaciones arbitrales del que le corresponde al proceso judicial. Como en ambos se busca solucionar controversias con la calidad de la cosa

juzgada (aquí se encuentra la vecindad), el debido proceso cumple evidentemente un rol fundamental en la validez y legitimación de sus resultados, sean estos laudos o sentencias respectivamente. Esta vecindad evidente no permite que se confundan los territorios dentro de los cuales cada cual se desarrolla, pues no por ello las distancias en materia de estándar de debido proceso van a acortarse.

Por el contrario, se marcan territorios diferentes y claramente diferenciables por estas razones: i) origen (la voluntad de las partes en el arbitraje, frente al monopolio de la justicia obligatoria en el proceso judicial), ii) naturaleza de las controversias (fundamentalmente comerciales, contractuales o patrimoniales autorizadas por ley en el arbitraje, frente a los derechos no disponibles y las normas de cumplimiento obligatorio y, por lo tanto, inderogables en el proceso judicial); y, iii) la diversidad de sus objetivos (eficacia en el arbitraje, frente a la justicia plena -paz social- en el proceso judicial).

El reconocimiento del arbitraje como jurisdicción que ha realizado el Tribunal Constitucional en el Perú es, a nuestro juicio, compatible plenamente con el Decreto Legislativo 1071, siempre y cuando admitamos -como lo ha hecho el colegiado constitucional- que ello no implica que le sea aplicable al arbitraje todos los componentes que abarca el debido proceso judicial. Este -que tiene vertientes constitucionales como derecho fundamental y vertientes procesales al interior de los procesos

---

éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

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

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

judiciales-, en toda su amplitud, no se condice con la justicia privada que buscan las partes que se someten voluntariamente a arbitraje cuyo objetivo principal es la eficacia en la resolución de la controversia planteada a los árbitros.

El arbitraje, de por sí, exige un contenido propio del debido proceso que responda a una de sus características esenciales: el ejercicio de la libre voluntad de las partes desde el inicio y hasta la conclusión de las actuaciones arbitrales, lo que incluye las decisiones que asuma el tribunal en el laudo.

El estándar mínimo del debido proceso arbitral debe estar compuesto por lo siguiente: (i) el acceso al arbitraje; (ii) el derecho a un árbitro independiente e imparcial; (iii) el derecho a la igualdad entre las partes; (iv) el derecho de contradicción y audiencia; (v) el derecho a probar; (vi) el derecho a la motivación de las resoluciones arbitrales; (vii) el derecho a obtener una resolución con el valor de la cosa juzgada; y, (viii) el derecho a la ejecución de los laudos. Todo ello se enmarca dentro de los tres grandes principios arbitrales: audiencia, contradicción e igualdad entre los contendientes que los árbitros deben respetar e imponer dentro de las actuaciones arbitrales.

El respeto al debido proceso arbitral, de acuerdo al contenido esencial que le hemos tratado de brindar, tiene especial importancia en la validez del laudo, ya que la ley arbitral condena con anulación a aquellos que se hayan emitido infringiendo el derecho de defensa de las partes. Esta causal de anulación debe llevarnos a una práctica de actuación de pruebas bajo las reglas del Decreto Legislativo 1071 que tome en consideración la autonomía de la práctica arbitral mundial.

La actividad probatoria en el Perú -que está en última instancia sujeta al control de los árbitros al amparo del artículo 43 de la norma- debe adaptarse a modalidades reconocidas internacionalmente, principalmente a través de las Reglas IBA, en materia de (i) documentos, lo que supone admitir en el arbitraje la obligación de cada una de las partes de presentar documentos, pero también dar acceso a documentos relevantes que puedan tener en sus manos y entregarlos a solicitud de la contraria, bajo términos razonables y control del tribunal; (ii) testimonios, que deben estar sujetos a interrogación y conainterrogación para cumplir a plenitud con el principio de contradicción, bajo la conducción y control del tribunal; (iii) opiniones de expertos y pericias, igualmente

sujetas a contradicción, interrogación y conainterrogación bajo la conducción y control del tribunal, pudiendo incluso llevarse a cabo debates periciales (bajo los términos internacionales del *experts conferencing*) que permitan ilustrar y especializar al tribunal en materias especialmente complejas; y, (iv) otras actuaciones que permitan el mejor conocimiento de los hechos como las visitas inspectivas o registros de la realidad que la tecnología actual permite.

El estándar mínimo descrito -interpretado bajo los términos de la más reconocida doctrina arbitral en el marco de la autonomía de la institución y de la autosuficiencia que caracteriza a su regulación- está plenamente plasmado en el Decreto Legislativo 1071 y, por ende, debe ser respetado por las partes y por los árbitros encargados de dirigir el proceso arbitral.

Es pertinente puntualizar que las actuaciones arbitrales y el proceso judicial tienen vecindad evidente, pero el contenido del debido proceso en el arbitraje no puede ser automáticamente intercambiado con el que corresponde a los procesos judiciales, pues se estarían cruzando fronteras jurídicas que hoy están claramente delimitadas en el artículo 3 del Decreto Legislativo 1071. Concluimos que, por ser posterior y especial, este artículo hace inaplicable la supletoriedad en las actuaciones arbitrales del Código Procesal Civil contenida en la Disposición Final de este cuerpo de leyes. Por ello, se puede reafirmar que, habiendo vecindad entre el arbitraje y el proceso judicial, hay evidente distancia.

¿Significa esto que los árbitros deben guardar bajo siete llaves los postulados del Código Procesal Civil? La vecindad aludida hace permisible que -una vez recorridas las fuentes procesales del arbitraje (la que emana de la voluntad de las partes, de los reglamentos a los que se sometan, de las reglas establecidas

Jorge Santistevan de Noriega

por los árbitros, de las normas de la ley arbitral aprobada por el Decreto Legislativo 1071, de los principios arbitrales y de los usos y costumbres arbitrales)- tengan la libertad los árbitros de inspirarse en una norma propia del proceso judicial que proporcione una solución lógica y apropiada a las circunstancias para

resolver el problema jurídico que tengan entre manos. Sin embargo, al hacerlo, los árbitros estarán actuando en el dominio de la pertinencia -que puede convocar al código procesal peruano o a cualquier otro que resulte adecuado-, mas no en el de la aplicación supletoria. La vecindad, entonces, no necesariamente supone cercanía, menos sobreposición de territorios, pero tampoco entraña enemistad.®

**TAMAYO,  
ZEGARRA &  
asociados**

ABOGADOS Y CONSULTORES



**Telefax: (51-1) 226 0655**

**Web Site: [www.tyz-law.com](http://www.tyz-law.com) / E-mail: [estudio@tyz-law.com](mailto:estudio@tyz-law.com)**