

DE LA INTERRELACIÓN A LA INTERFERENCIA DEL PODER JUDICIAL EN LOS PROCESOS ARBITRALES: LÍMITES DE SU ACTUACIÓN

Ana María Arrarte Arisnabarreta*

La cooperación entre el arbitraje y el Poder Judicial es necesaria para el respeto y reconocimiento del derecho al acceso a la justicia que tiene toda persona. No obstante, dicha interrelación no debe significar una excesiva ni arbitraria intervención por parte del ente judicial en los procesos privados, concretamente, en el arbitraje, en tanto dicho mecanismo alternativo de resolución de conflictos surge del ejercicio de las partes de su derecho a la autonomía privada, manifestado, en este caso, en la decisión adoptada de no acudir a las instancias estatales.

En esta línea de pensamiento, la autora, sobre la base de lo dispuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída sobre el expediente 6167-2005-PCH/TC, realiza un minucioso análisis sobre los límites del Poder Judicial en su intervención en los procesos arbitrales, criticando, al mismo tiempo, ciertos extremos de la resolución mencionada, por ejemplo, en la parte relativa al carácter jurisdiccional del arbitraje.

* Socia del estudio Luis Echeopar García. Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Lima y en el programa de Maestría de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM) y del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

“Pensamos que debe balancearse (cada figura en su lugar) el juego de los diversos modelos y alternativas de la justicia privada en sus roles concretos. No desorbitarlos de sus respectivas y acotadas competencias. Sólo así se respetará la lógica interior de cada una de ellas y el equilibrio funcional del conjunto, lo que ayudará a la reconquista del prestigio, la eficiencia y la imagen del Poder Judicial”.

Augusto M. Morello

I. CONTEXTO

1. La intervención judicial: a propósito de lo previsto en la Ley General de Arbitraje

Inicialmente, resulta pertinente señalar que la inquietud por compartir este ensayo surge de la constatación de una situación real y vivida diariamente en nuestro país: que la eficacia del arbitraje, en muchos aspectos, requiere en una importante medida de la actividad del Poder Judicial.

Esta afirmación podría resultar algo ciertamente no deseado al momento que las partes pactaron un convenio arbitral y, con ello, renunciaron al mecanismo de solución de conflictos que proporciona el Estado, en cumplimiento de su deber de brindar tutela jurisdiccional¹. Esto es, las partes decidieron dejar de lado la institucionalidad del Poder Judicial, estando incluso dispuestas a sacrificar ciertas garantías², vinculadas a un debido proceso³, a cambio de un mecanismo alternativo que les brinde determinados beneficios que consideran esenciales.

En efecto, esta renuncia implica la búsqueda de un mecanismo de solución de controversias esencialmente privado⁴, en la medida que tiene como origen la voluntad de las partes, lo que además les otorga

plena libertad de decidir respecto de las personas a quienes van a confiarles la solución de sus controversias y de establecer el procedimiento más flexible y expeditivo, el cual les permitirá obtener una decisión más eficaz y pronta.

Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que cuando se ha suscitado ya el conflicto y, en consecuencia, es necesario que se “eche a andar” este mecanismo privado y eficientemente diseñado a la medida de las partes, lo más probable es que el ánimo conciliador y los intereses coincidentes que motivaron su celebración ya no existan más. Es aquí donde –entre otros momentos– surge por primera vez la necesidad de que el Poder Judicial “entre en acción”, situación que, como veremos más adelante, se presentaría con alguna fluidez en el futuro. El tema central será el rol que debe tener este Órgano Jurisdiccional, esto es, ¿hasta qué punto le corresponde intervenir en la vida de un proceso arbitral?

Debemos admitir que la experiencia respecto de este punto no ha sido –en lo absoluto– afortunada. Como temas más comunes de intervención judicial en los procesos arbitrales, tenemos el referido a la conformación del Tribunal, las anulaciones de laudos y los procesos destinados a su ejecución, todos ellos, en la mayoría de los casos, significaban –y lamentablemente continúan siéndolo– el inicio de un proceso tan o más largo que aquel en el que se obtuvo la decisión arbitral destinada a solucionar el conflicto.

Un pacto arbitral puede llegar a convertirse en un “pésimo negocio”, pues el arbitraje podría terminar siendo una suerte de vía previa antes de recurrir a la vía judicial, situación que precisamente era la que se pretendía evitar. Así, por ejemplo, la solución en términos prácticos de un conflicto de intereses respecto de la cual se ha pactado un convenio arbitral podía implicar lo siguiente:

¹ “Lo que el derecho a la tutela jurisdiccional supone es que toda pretensión frente a otro fundada en el ordenamiento jurídico sea atendida por un órgano estatal independiente, en un proceso investido de garantías que hagan posible una defensa adecuada”. GONZALES PÉREZ. “El Derecho a la Tutela Jurisdiccional”. Tercera edición. Madrid: Civitas. 2001. p. 57.

² Esta renuncia a que el Poder Judicial conozca la controversia constituye, a decir de autorizada doctrina, el efecto negativo del acuerdo arbitral: “[L]a fuerza vinculativa emerge en dos direcciones; por un lado permite asignar a esa modalidad jurisdiccional a los árbitros elegidos o seleccionados judicialmente desde el momento mismo en que el conflicto se plantea, esto es, que ellos pueden actuar sin necesidad del requerimiento de partes y aún contra su voluntad (a excepción que las partes decidan mutuamente la extinción del compromiso); por otra vertiente, se suele hablar de una eficacia negativa, en el sentido de sustraer la controversia del conocimiento ordinario que le correspondería a los tribunales”. GOZAÍNI, Alfredo. “Formas alternativas para la solución de conflictos”. Buenos Aires: DePalma. 1995. p. 147.

³ Así, por ejemplo, las partes están en aptitud de limitar –y en algunos casos hasta renunciar– válidamente a determinadas garantías, como sería su derecho a impugnar (específicamente, nos estamos refiriendo al recurso de apelación) lo que no obsta a que se respeten preceptos mínimos que aseguren un debido proceso y se eviten situaciones de indefensión, agraviantes a las partes.

⁴ FAZZALARI, refiriéndose a la naturaleza privada del arbitraje, indica que “la disciplina de tales procesos impone opinar acerca de su naturaleza privada, distinta de aquella, pública, de los procesos jurisdiccionales. En efecto, tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral (...) y desarrollan su papel en el plano privatístico (...)”. FAZZALARI, Elio. “Instituzioni di Diritto Processuale”. Padova: CEDAM. 1989. p. 323 (traducción libre).

- a. Ante la renuencia de una de las partes a designar al árbitro conforme a lo acordado y ante la ausencia de sometimiento a una entidad que administre el arbitraje, se deberá pedir su nombramiento por el Poder Judicial, en un proceso que, por expeditivo que pueda ser, no demora menos de tres (3) meses⁵.
- b. El inicio del proceso arbitral, de acuerdo a los términos pactados. El tiempo aproximado de duración de un proceso arbitral, dependiendo de la complejidad de la controversia y, ciertamente, de la dedicación de los árbitros, es aproximadamente de ocho (8) meses a un (1) año.
- c. Una vez obtenido el laudo, se abre la posibilidad de impugnación en la vía judicial, a través de un recurso de anulación⁶, respecto del cual no es válida la renuncia, pues se trata de una disposición imperativa⁷ cuyo propósito es que el Poder Judicial cumpla un rol de custodio del debido proceso de las partes y del Estado de Derecho⁸.
- d. Una vez recorrida esta etapa de impugnación, lamentablemente prolongada, la decisión arbitral se encuentra expedita para ser ejecutada; sin embargo, en los casos en los que el cumplimiento de un mandato arbitral requiera de la ejecución forzada también es necesaria la intervención del Poder Judicial, debiéndose dar inicio a un proceso de ejecución de laudo.

Al respecto, debemos indicar que también en este momento surgen algunos problemas que entorpecen el pronto cumplimiento de la decisión arbitral firme y definitiva. En efecto, el “tallón de Aquiles” de este proceso judicial se encuentra en dos aspectos: las causales de oposición a la ejecución y la concesión de medios impugnatorios destinados a cuestionar el mandato de ejecución; así, más allá de la claridad del mandato normativo que le atribuye la calidad de inimpugnable¹⁰, una decisión arbitral es ejecutada coercitivamente, en el mejor de los casos, en el transcurso de unos seis (6) a ocho (8) meses.

Ahora bien, en la hipótesis en que el Órgano Jurisdiccional que actúa en primera instancia en el trámite del recurso de anulación (Corte Superior) emita una decisión favorable a esta pretensión impugnatoria, se presenta la posibilidad de que la resolución emitida en este sentido sea cuestionada, vía recurso de casación, ante la Corte Suprema⁹, con lo cual, el tiempo que toma la etapa de impugnación de laudo, no será inferior a un (1) año.

En conclusión, sólo siguiendo lo previsto en la Ley General de Arbitraje (en adelante, “LGA”) podemos advertir que las condiciones están dadas para constituir un campo fértil para la dilación, muchas veces indebida, en el reconocimiento de eficacia y en la ejecución de la decisión arbitral. Se trata de la conjunción de tres elementos: i) una norma permisiva; ii) una parte renuente a cumplir con un mandato arbitral; y, iii) la falta de conocimiento de los límites de la actuación judicial en la vida de un arbitraje.

⁵ Al respecto, LOHMANN LUCA DE TENA señala: “(...) como el arbitraje deriva de un acuerdo, cuando una de las partes se rehúsa a cumplirlo se requiere auxilio judicial para obtener el cumplimiento. No estamos, pues, ante un caso de interferencia propiamente dicha ni menos aún que no este (sic) justificado (...). Mi crítica se enfoca más bien a la conveniencia de revisar el artículo 23 y concordantes de la LGA para que la designación judicial sea más pronta y no posibilite dilaciones por quien se niega a someterse al arbitraje pactado”. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Interferencia judicial en los arbitrajes”. En: Revista Peruana de Arbitraje 1/2005. Lima: Grijley. 2005. p. 269.

⁶ “Donde con más frecuencia y más acusada se advierte la tensión entre arbitraje y justicia estatal es en materia de anulación de laudos. En ello, infelizmente, se llega a grados extremos, tanto como lo permiten la imaginación de los abogados y la severidad y laxitud del Órgano Judicial que resuelva”. Ibid. p. 272.

⁷ Salvo en el supuesto de los arbitrajes internacionales en los que este pacto sí es posible, de acuerdo a lo previsto en el artículo 126 de la LGA.

⁸ En este sentido, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN dice: “(...) el recurso de anulación, además de constituir una vía de ejercicio del derecho de tutela judicial, es un medio de protección o salvaguarda de dicho proceso, pues va dirigido a declarar la nulidad del laudo obtenido en detrimento de las garantías procesales (...) Esta posibilidad que debe reconocerse a las partes, y que trae razón directa del derecho a la tutela judicial efectiva, debemos pensar que toma cuerpo en la regulación del arbitraje a través del recurso de anulación contra laudos, de modo que cuando éste no resulte válido, según los motivos recogidos en la Ley, la parte perjudicada por esta irregularidad puede solicitar, judicialmente, que se declare la nulidad del laudo”. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. “La anulación del Laudo Arbitral. El Proceso Arbitral y su Impugnación”. Granada: Editorial Comares. 1996. p. 60.

⁹ Respecto de este punto, la LGA, en su artículo 77, prescribe lo siguiente: “Artículo 77.- Recurso de casación.- Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente”.

¹⁰ El artículo 86 de la LGA es absolutamente claro respecto del carácter inimpugnable de todos los autos que se dicten en etapa de ejecución de laudo: “Artículo 86.- Inimpugnabilidad.- Los autos en la etapa de ejecución no son susceptibles de medio impugnatorio alguno. Está prohibido al Juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir apelaciones o articulaciones que entorpezcan la ejecución del laudo, siendo nula la resolución respectiva”.

No obstante, lo que suele ocurrir es que los recursos de apelación que se interponen contra los mandatos de ejecución sí son concedidos; para ello, se invoca la garantía constitucional de la pluralidad de instancia, prevista en el artículo 139, inciso 6) de la Constitución Política del Estado, con lo cual además será necesario que nuestros jueces realicen un control difuso de la constitucionalidad del artículo 86 de la LGA.

2. La interferencia judicial y la crisis en la eficacia del arbitraje

La participación judicial en la eficacia de los mandatos arbitrales no se limitó a los aspectos ya álgidos descritos anteriormente. En efecto, en la medida en que el arbitraje se utilizaba con mayor frecuencia en la solución de conflictos, se multiplicaban también las formas de buscar mecanismos de evasión recurriendo al Poder Judicial, para pedir su intervención y por esta vía paralizar el arbitraje; es decir, entramos de una etapa de intervención a una clara interferencia, descontrol y caos absoluto. Así, por ejemplo, los procesos de amparo sustentados en la existencia de un arbitraje irregular, en los que se invocaba la afectación al debido proceso cometida en un caso en trámite, proliferó, y con ello el dictado de medidas cautelares, que, en su mayoría, impedían la instalación de un Tribunal Arbitral, suspendían la eficacia de mandatos emitidos por los árbitros, o impedían su ejecución, llegándose incluso al extremo de iniciarse procesos penales contra los árbitros como consecuencia de actos realizados en ejercicio de su función arbitral¹¹.

Todo esto motivó que la Corte Suprema emitiera el Oficio Circular 005-2005-P-CS-PJ¹², dirigido a todos los presidentes de las cortes superiores, comunicando la decisión emitida en Sala Plena en los siguientes términos: “Conviene a la elevada finalidad de la función judicial, que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzca en los casos taxativamente prescritos en la Constitución del Estado, Ley General de Arbitraje, No. 26572 y, demás disposiciones Legales sobre la materia; esto a efecto de evitar colisiones innecesarias”.

Es claro que existía una situación de crisis. Todos percibíamos que la vía judicial estaba siendo mal uti-

lizada por abogados y litigantes, lamentablemente con la anuencia de nuestros jueces, quienes en muchos casos no tenían un conocimiento cierto sobre los límites de su actuación; y esto no sólo se debía a una ausencia de formación sobre estos aspectos, sino a que no existía una directiva clara, una brújula que revele cuál era “el norte” que debía guiar su intervención; más aún, la propia Circular de la Sala Plena de la Corte Suprema tampoco fue muy feliz al remitirnos a las normas existentes sobre la materia, pues precisamente parte del problema era que ellas no sólo no eran precisas sobre la materia, sino que de alguna manera –como lo hemos indicado anteriormente– eran permisivas a este tipo de conductas.

Finalmente, la crisis llegó a un punto límite, en el que, a propósito del inicio de un proceso constitucional, concretamente de un proceso de *habeas corpus*¹³ iniciado por un árbitro a quien se le habría formalizado una denuncia penal por actos vinculados a su ejercicio como juzgador, el Tribunal Constitucional dictó una sentencia cuya principal virtud fue abordar el tema, estableciendo las bases de la naturaleza del arbitraje y de los alcances de la intervención judicial.

Más allá de nuestro acuerdo o no con el sustento de su decisión, no podemos dejar de reconocer que se trataba de una cuestión necesaria y que el Tribunal Constitucional debía asumir el rol que le corresponde como “supremo intérprete de la Constitución”, así como de las normas de menor jerarquía que no pueden contrariarla, dotándolas de contenido en su aplicación con relación a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que deben de estar presentes¹⁴. Así se pronunció en el expediente 6167-2005-PCH/TC, planteando los límites entre lo que denominó la “jurisdicción arbitral” y la

¹¹ Este es el caso del proceso penal seguido ante la formalización de una denuncia por parte del Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, por la supuesta comisión de los delitos de falsedad genérica y fraude procesal, como consecuencia de una recusación planteada por la empresa Algamarca S.A. contra uno de los árbitros que conocía de un proceso arbitral en el que dicha compañía participaba en calidad de parte, y que fue declarada infundada por el Tribunal que conoció de dicho incidente en el proceso arbitral.

¹² Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 19 de agosto de 2005.

¹³ El árbitro Fernando Cantuarias dio inicio a un proceso de *habeas corpus*, alegando la amenaza de violación a su derecho a la libertad individual, al haberse formalizado denuncia por el fiscal provincial por hechos vinculados al incidente de recusación resuelto por un Tribunal Arbitral que conoció del proceso seguido entre las empresas Compañía de Exploraciones Algamarca S.A y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. Este proceso dio lugar a la expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 6167-2005-PCH/TC, y que será materia de análisis en este ensayo.

¹⁴ Así se pronunció el propio Tribunal Constitucional, respecto de su función de “supremo intérprete de la Constitución”, en el literal a) del Fundamento Jurídico 1 de la sentencia del 07 de noviembre de 2002, recaída en el expediente 2409-2002-AA/TC:

“A diferencia de la actividad jurisdiccional efectuada en sede judicial, el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución.

Es evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en cuanto Poder Constituyente Constituido, se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa in toto de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal”.

jurisdicción judicial. Los alcances de esta decisión serán precisamente parte de nuestro ensayo.

II. LÍMITES A LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS PROCESOS JUDICIALES, DE ACUERDO A LO PREVISTO POR NUESTRO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. ¿El carácter jurisdiccional del arbitraje?

Sobre el particular, consideramos imprescindible señalar que, en términos generales, no somos propensos a tratar de encontrar la “naturaleza jurídica” de las cosas, pues caemos en el riesgo de inmiscuirnos en una discusión puramente teórica y sin mayor implicancia en la práctica; firmemente, compartimos la perspectiva del maestro BARBOSA MOREIRA cuando señala que “Desde que se esté persuadido (...) de la necesidad de asegurar a los titulares protección jurisdiccional eficaz, no importa saber a qué título se les otorga esta protección”¹⁵.

Así, regularmente la discusión de si el arbitraje es un contrato, un proceso, o una jurisdicción, resulta, en nuestra opinión, una discusión poco trascendente en la medida que, más allá de la “etiqueta” que se le ponga, constituye un mecanismo de solución de controversias que, atendiendo a la trascendencia social del rol que cumple en la sociedad, debe ser sujeto de tutela y protección por el Estado y, por ende, por el ordenamiento jurídico.

No obstante, debemos admitir que el Tribunal Constitucional ha otorgado a esta disquisición, que parecería netamente teórica, una particular trascendencia, pues de ella ha derivado efectos prácticos muy concretos.

Así, pronunciándose sobre la naturaleza y características del arbitraje, el Tribunal Constitucional¹⁶, toman-

do como presupuesto lo previsto en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política del Estado, referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional, que dispone “(...) No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar (...)”, llega a las siguientes conclusiones:

- Que el término de función jurisdiccional ha sido reservado a los órganos estatales (entiéndase órganos del Poder Judicial) encargados de impartir justicia, en el entendido de que dirimir conflictos interindividuales mediante la aplicación de las normas jurídicas constituye un fin primario del Estado.
- Que, no obstante lo mencionado en el punto precedente, la propia Constitución Política del Estado ha atribuido al arbitraje, de manera excepcional, el carácter de jurisdicción, con lo cual el justiciable no sólo tiene la posibilidad de recurrir a la justicia estatal, sino también a la justicia privada (representada precisamente por el arbitraje) para la solución de sus conflictos e incertidumbres con relevancia jurídica.
- Que, la consagración de fueros especiales como el militar, el constitucional o el de las comunidades campesinas y nativas¹⁷ no vulnera el “principio de igualdad ante la ley” previsto en el artículo 2 de la Constitución¹⁸.

Hasta aquí, la razón para considerar que el arbitraje es efectivamente una función jurisdiccional pareciera que no guarda relación alguna con la “naturaleza” de la institución, sino con una cuestión más bien normativa según la cual el arbitraje es función jurisdiccional porque así lo dice la Constitución¹⁹, con lo cual, al menos en un primer

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Temas de Direito Processual”. Sao Paulo: Editorial Saraiva. pp. 113-114.

¹⁶ Textualmente, aun cuando en este extremo sin la calidad de fundamento jurídico vinculante, la resolución del Tribunal Constitucional señala lo siguiente: “5. Sin embargo, el artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada (...)”

6. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado”. Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado “(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a. Conflicto entre las partes.
- b. Interés social en la composición del conflicto.
- c. Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d. Aplicación de la ley o integración del derecho.

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos define la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia (...)”.

¹⁷ Contemplado en los artículos 139, inciso 1, 202 y 149 de la Constitución Política del Estado. “2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (...)”.

¹⁸ Que prescribe: “Artículo 2 de la Constitución: Toda persona tiene derecho:

(...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (...)”.

¹⁹ No compartimos la posición de SANTISTEVAN DE NORIEGA, cuando señala: “En nuestro parecer, como hemos señalado anteriormente, basta que esté escrito en la Constitución el reconocimiento de la jurisdicción arbitral para que se derive de allí una interpretación de carácter vinculante y de naturaleza normativa, como la realizada por el TC, que por añadidura, resulta admisible”. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Arbitraje y Jurisdicción desde la Perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. En: Revista Peruana de Arbitraje 2. Lima: editorial Grijley. Lima. 2006. p. 40.

momento, pareciera que la motivación en esta afirmación resulta por lo menos aparente²⁰, pues deja de lado un tópico jurídico esencial²¹: que “las cosas son lo que son y no como se les llama”.

Por otro lado, al referirse a la consagración de fueros especiales, todo daba la impresión de que se trataba del antecedente para sustentar por qué no vulneraba el principio de unidad o exclusividad de la función jurisdiccional²², sin embargo, terminó refiriéndose a la no afectación al principio de igualdad ante la ley. A nuestro entender, no quedó muy clara la conexión lógica entre las premisas y la conclusión en este extremo de la motivación de la resolución del Tribunal.

Sin perjuicio de lo expuesto, veamos si la actividad de solución de conflictos o esclarecimiento de incertidumbres realizada por los árbitros debe ser considerada función jurisdiccional.

Al centrar la función jurisdiccional atribuida al arbitraje en el texto de nuestra Carta Política del Estado, entendemos que el Tribunal Constitucional se habría alineado al sector de la doctrina que rescata como origen de la función jurisdiccional al concepto de “soberanía” que institucionaliza el poder del Estado y que implica una relación política de obediencia y autoridad. En este fenómeno se distinguen dos (2) aspectos: i) un poder constituyente –también llamado originario– que no pertenece a ninguna persona en particular, sino que recae en “el pueblo” y se encarna en las normas (Constitución); y, ii) los poderes constituidos que corresponden a quienes, por mandato de la norma, ejercen el poder constituyente, a cuyo ejercicio se le denomina potestades.

Siendo la función jurisdiccional una manifestación del poder constituido (en tanto deriva de un mandato de la norma fundamental), resulta

pertinente precisar qué es lo que define el ejercicio de esta potestad, es decir, qué aspectos son consustanciales a ella. Así, en palabras de MONTERO AROCA, “la potestad supone una derivación de la soberanía que atribuya a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando insita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo de ser necesario al uso de la fuerza”²³.

Ahora bien, refiriéndose a la potestad jurisdiccional, el mismo autor señala: “(...) la jurisdicción es la potestad dimanante de la soberanía del Estado ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”²⁴.

Por lo expuesto, podemos concluir que constituyen elementos característicos de la función jurisdiccional: i) que proviene del Estado, en tanto constituye la manifestación de una potestad; ii) que sólo está a cargo de jueces y magistrados; iii) que implica la emisión de una decisión definitiva, es decir, última e irrevocable; y, iv) que pueda ser ejecutada, lo que implicaría incluso el uso de la fuerza, si ello fuese necesario, ante la renuncia del obligado al cumplimiento del mandato.

Si contrastamos los requisitos antes descritos con la actividad arbitral, resulta claro que el arbitraje, siendo un mecanismo de solución de controversias esencialmente privado, en el que la aptitud de “mando” para resolver un conflicto no proviene del Estado, sino de la decisión y voluntad de las partes y en el que sus decisiones pueden ser materia de impugnación ante el Poder Judicial –vía recurso de apelación o de anulación–, careciendo además del *ius imperium* que le permite la ejecución forzada

²⁰ Se entiende que adolecen de motivación aparente “(E)l grupo de decisiones que corresponden con esta parte de la clasificación son verdaderamente peligrosas pues se presentan como actos jurisdiccionales a prima facie fundados, pero que si no nos detenemos en lo que es la caparazón de los mismos, sino que procuramos adentrarnos en la racionalidad y razonabilidad de la fundamentación, descubriremos que en verdad no tienen fundamento”. FERNÁNDEZ, Raúl. “Los errores in cogitando”. En: La Naturaleza del Razonamiento Judicial. Córdoba: Alveroni. 1993. p. 117.

²¹ El profesor VIEHWEG define a la función de los tópicos jurídicos: “La función de los tópicos, tanto generales como especiales, consiste en servir a una discusión de problemas. Se sigue de ello que su importancia ha de ser muy especial en aquellos círculos de problemas en cuya naturaleza está no perder nunca su carácter problemático. Cuando se producen cambios de situaciones en casos particulares, es preciso encontrar nuevos datos para intentar resolver los problemas. Su ordenación respecto de este es siempre esencial para ellos. A la vista de cada problema aparecen como adecuados o inadecuados conforme a un entendimiento que no es nunca absolutamente inmodificable. Tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento”. VIEHWEG, Theodor. “Tópica y Jurisprudencia”. Madrid: Taurus. 1986. p. 61.

²² Consagrado en el Artículo 139 de la nuestra Constitución: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (...)”.

²³ MONTERO AROCA, Juan. “Derecho Jurisdiccional”. Tomo I. Parte General. Barcelona: BOSCH. 1991. p. 34.

²⁴ Ibid. p. 35.

de sus decisiones, no puede ser considerado como jurisdicción^{25 26}.

Afirmar que el arbitraje es jurisdiccional por el simple hecho de que la norma constitucional así lo establece, nos parece poco sólido. Cuando estemos frente a una norma esencialmente técnica, el uso de las instituciones también debe serlo. En todo caso, consideramos que tampoco era necesario forzar la figura del arbitraje al de la función jurisdiccional, con características propias que le son esenciales, para darle la protección que le corresponde como mecanismo de solución de conflictos cuya trascendencia social y pública debe ser materia de tutela por el Estado, más allá de su origen privado.

Por lo indicado, no compartimos la interpretación del Tribunal Constitucional a partir de la cual ha sentado las bases de los principios de independencia y no interferencia del Poder Judicial en los arbitrajes en la atribución de un carácter jurisdiccional del que, en nuestra opinión –y más allá del texto Constitucional–, carece.

2. ¿Carácter complementario del arbitraje respecto del Poder Judicial?

Inicialmente, debemos dejar sentada nuestra posición en el sentido de que no resulta trascendente ni mucho menos necesario determinar cuál es la “naturaleza jurídica” del arbitraje para atribuirle la protección que le corresponde como mecanismo alternativo y privado de solución de controversias, pero que realiza una función trascendente para la convivencia social que requiere de

protección por el Estado, brindándole independencia y autonomía dentro de los parámetros que corresponden a un Estado de Derecho.

En efecto, no era –en nuestra posición– imprescindible forzar la figura del arbitraje en el corsé de la función jurisdiccional para atribuirle independencia y autonomía frente a la jurisdicción propiamente dicha o judicial, más aún si tenemos en cuenta que el rol del Estado respecto de los mecanismos que permiten a los justiciables el acceso a la justicia –sean públicos o privados, autocompositivos o heterocompositivos–, ha variado, considerándose no sólo que le corresponde permitir la coexistencia de formas alternativas de resolución de conflictos, sino que, además, le corresponde propiciarlos, promoverlos y brindarles protección y autonomía²⁷.

Sin embargo, lo que sí consideramos imprescindible es que el Tribunal Constitucional determine cuál es el límite de la relación que debe existir entre la actividad judicial y la arbitral, precisamente para velar por el cumplimiento de los fines que persigue²⁸.

Al respecto, es relevante señalar que el Tribunal Constitucional ha dado un paso importante al señalar, con calidad de fundamento vinculante, lo siguiente:

“8. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesto a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y que constituye una necesidad, básicamente para la solución

²⁵ MONTERO AROCA, refiriéndose a los órganos a los que la Constitución atribuye potestad jurisdiccional, señala: “Se encuentra así en la Constitución referencia a varios órganos jurisdiccionales: Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Tribunales Militares, Tribunal Superior de Justicia. Todos ellos son soporte orgánico del poder judicial, estando constitucionalizadas las garantías de las personas que los integran; todos ellos tienen potestad jurisdiccional, no estando sometidos a otra potestad (por lo menos en el ejercicio de la suya)”. *Ibid.* p. 39.

²⁶ De la misma opinión es MATHEUS LÓPEZ cuando afirma que: “(...) se postula el carácter jurisdiccional del arbitraje sobre la base de la supuesta presencia en este de algunos requisitos de la jurisdicción, olvidando que los principales son la cosa juzgada y la ejecutoriedad, último de los cuales no existe en el arbitraje; asimismo, obvia la ausente proyección orgánica del arbitraje, la cual es consustancial a toda jurisdicción especial”. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Una relación compleja. Jurisprudencia constitucional y arbitraje”. En: *Legal Express* 63. Año 6. Marzo de 2006. p. 4.

²⁷ En efecto, dentro de una posición contemporánea, corresponde al Estado velar por la existencia de mecanismos que permitan al justiciable tener “acceso a la justicia” a través de las distintas vías que le permitan obtener tutela, con prescindencia de su origen estatal o privado. Así, por ejemplo, en el Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, elaborado por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS, se prevé un módulo referido al Acceso a la Justicia que contempla como objetivo estratégico: “Crear condiciones que permitan un adecuado y universal acceso a los servicios de justicia para todas las personas, a través del fortalecimiento de los servicios de defensa pública, los medios alternativos de resolución de conflictos, la superación de las diversas barreras geográficas, culturales y económicas y la potencialización de la justicia de paz como justicia básica” (el subrayado es nuestro). Plan Nacional de CERIAJUS. p. 87.

²⁸ “(...) sí existen varios peligros que rodean al arbitraje y que pueden producir su ineficacia. Entre ellos, tal vez el más conocido, aunque no el más estudiado en sede nacional, es el de los diferentes niveles de vinculación que pueden existir, y de los que se puede abusar entre el arbitraje y el proceso judicial. Nos referimos a los diversos puntos de contacto donde uno necesita del otro –el arbitraje del poder coactivo del juez–, o cuando uno retarda la eficacia o ejecución del otro –el proceso judicial retarda la ejecución de un proceso o de un laudo arbitral–”. DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMANA, Javier. “La Reforma del Sistema de Justicia ¿En el camino correcto? Breve balance de su situación actual y retos pendientes”. Lima: Instituto Peruano de Economía Social de Mercado/Fundación Konrad Adenauer. 2006. p. 151.

de conflictos patrimoniales de libre disposición sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional”.

Del texto transcrito se desprende claramente lo siguiente: i) que la denominada, por el Tribunal Constitucional, “jurisdicción arbitral”, no desplaza ni sustituye al Poder Judicial; ii) que la “jurisdicción arbitral” complementa la actividad del Poder Judicial; y, iii) que la “jurisdicción arbitral” constituye una necesidad para la solución de conflictos patrimoniales.

Siendo el arbitraje un mecanismo de solución de conflictos de naturaleza esencialmente privada, cuyo origen es precisamente la voluntad de las partes²⁹ (en la medida que son ellas quienes libremente deciden conferir a los árbitros designados el poder de resolver sus conflictos³⁰, renunciado al mecanismo que provee el Estado), es claro que sólo puede conocer respecto de materias disponibles, en relación con las cuales es posible un pacto válido (tal es el caso de las pretensiones con contenido patrimonial); no obstante, el arbitraje no constituye una “necesidad”, sino el medio o instrumento para satisfacer una necesidad de tutela que consiste en la solución de conflictos de intereses a través de un mecanismo diseñado por las partes de acuerdo a sus requerimientos de una solución pronta y eficaz.

Ahora bien, en relación al carácter complementario de la “jurisdicción arbitral” respecto de la jurisdicción judicial, consideramos que tal afirmación no es exacta: ambos son mecanismos de solución de controversias, la vía arbitral es alter-

nativa a la judicial. Sin embargo, dadas las naturales falencias del arbitraje –en función a su carácter de institución privada–, es imprescindible una interacción entre ambos mecanismos en la que la jurisdicción propiamente dicha (judicial) tiene la función de coadyuvar con el arbitraje, a fin de que éste pueda cumplir cabalmente con su función de solución de los conflictos que se someten a su conocimiento, velando de esta forma por la convivencia en sociedad.

2.1 Formas de interacción que deben existir entre el Poder Judicial y el arbitraje

Al respecto, y tal como hemos señalado en anteriores publicaciones³¹, en nuestra opinión el Poder Judicial debe cumplir, en relación con la eficacia de un proceso arbitral, los siguientes roles:

a. Subsidiario.- En aquellos casos en los que los árbitros no están en aptitud –legal o material– de decidir o ejecutar determinados actos, siendo imprescindible llenar este vacío en sus posteadas a través del auxilio judicial³². Es decir, sólo en caso de que la jurisdicción arbitral no esté aptitud de realizar determinados autos, interviene el Poder Judicial.

Este es el caso, como ya lo hemos mencionado, de la negativa a formalizar el arbitraje pese a existir un convenio arbitral, según el cual es necesaria la realización de alguna actividad de las partes –como el nombramiento de alguno de los árbitros, por ejemplo–, para que el Tribunal Arbitral se conforme y se dé inicio al proceso. En este caso será necesario recurrir al Poder Judicial³³ a fin de que éste supla la

²⁹ Discrepamos abiertamente de lo señalado por el Tribunal Constitucional cuando menciona que: “La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º Inciso 24 literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite en el artículo 139º de la Constitución”. En efecto, la voluntad de las partes constituye la esencia del arbitraje y es ella precisamente la que atribuye a los árbitros la potestad de resolver sus conflictos de manera obligatoria. Sin voluntad de las partes, no existiría un arbitraje válido más allá de la consagración constitucional de este mecanismo de solución de conflictos, como una “jurisdicción” especial.

LOHMANN LUCA DE TENA, comentando este extremo de la decisión del Tribunal Constitucional, señala respecto de tal afirmación que está: “(...) confundiendo así el origen de la facultad, que sin duda descansa en las partes (salvo algunas excepciones), con la tutela que el Estado le reconoce, y que por cierto puede limitar”. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Sentencia Constitucional sobre arbitraje: Lúcida, pero...”. En: Legal Express 63. Año 6. Marzo 2006.

³⁰ A esta aptitud por la cual las partes eligen a su o sus árbitros, y son ellas quienes les confieren el poder para solucionar su conflicto, se le conoce como “principio de oportunidad”. Al respecto, CHOCHRÓN GIRÁLDEZ señala: “El principio de oportunidad hace alusión precisamente a esa disposición de sus intereses que tienen las partes enfrentadas a una controversia, de solucionar sus conflictos vía arbitral”. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. “Los Principios Procesales en el Arbitraje”. Barcelona: BOSCH. 1998. p. 20.

³¹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Apuntes sobre la necesaria relación entre el Arbitraje y el Proceso Judicial”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 82. Año 2. Julio de 2005. pp. 191-204.

³² CHOCHRÓN GIRÁLDEZ define en estos términos el carácter subsidiario de la intervención judicial: “Se da en aquellos casos en los que la relación se produce como consecuencia del desacuerdo de las partes sobre un concreto aspecto del arbitraje o cuando los árbitros no pueden realizar por sí mismos determinados actos”. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, María Encarnación. Op. Cit. p. 197.

³³ Así lo prevé, en materia de arbitraje nacional, el artículo 21 de la LGA:

“Artículo 21º.- Libertad de procedimiento de nombramiento.- Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de él o los árbitros. A falta de acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral.

Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez (...).”

voluntad de la parte renuente a cumplir con lo pactado y proceda a designar el árbitro³⁴.

De igual manera, el Poder Judicial debe asumir un rol subsidiario en la adopción de medidas cautelares previas al arbitraje, es decir, cuando aún no existe un Tribunal Arbitral instalado y, en consecuencia, un órgano privado que, conforme a lo pactado, esté en aptitud de adoptar y ejecutar esta decisión³⁵.

- b. Complementaria.- Se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial³⁶. Así, es necesario primero que el Tribunal Arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del Órgano Jurisdiccional, evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento espontáneo.

Así, tenemos todos los casos en los que la ejecución de actos procesales arbitrales requieran de actividad coactiva, respecto de la cual el Estado –como manifestación de su *ius imperium*– tiene exclusividad absoluta³⁷. Este sería el caso de la actuación de determinados medios probatorios en los que se requiere hacer efectivo un apercibimiento que implique el uso de potestades de ejecución de las que carecen los árbitros³⁸, como, por ejemplo, conducir a un testigo por la fuerza pública ante su reticencia al mandato arbitral. Asimismo, operaría para la ejecución de medidas cautelares³⁹ cuando impliquen el uso de la fuerza como, por ejemplo, llevar a cabo un secuestro, embargo, etcétera⁴⁰. Finalmente, la ejecución del propio laudo arbitral⁴¹, supuesto en el que se presentan los casos más frecuentes de un uso indebido del procedimiento judicial de ejecución, como hemos indicado en el punto I del presente artículo⁴².

³⁴ Refiriéndose a este tema, CAIVANO señala: “El juez, a quien se somete la designación del árbitro tiene una serie de atribuciones, pero también ciertas limitaciones. Como paso previo, es requisito de la competencia judicial para nombrar árbitros, que exista obligación de someterse a arbitraje; es decir, que haya un convenio arbitral cuya ejecución se pretende (...). Pero además, es preciso que haya un desacuerdo entre las partes sobre el nombramiento mismo, que puede ser expreso o tácito, el que se presume cuando una de las partes no haya prestado colaboración alguna o directamente se resista a que el árbitro sea nombrado”. CAIVANO, Roque J. “Negociación, Conciliación y Arbitraje”. Lima: APENAC. 1998. p. 278.

³⁵ Es de indicar que, para el caso de los arbitrajes nacionales, nuestra LGA ha previsto en el artículo 79 la posibilidad de solicitar medidas cautelares en la vía judicial, de manera previa al inicio del proceso arbitral, especificando que ello no implica renuncia alguna al pacto arbitral.

“Artículo 79º.- Medida cautelar en sede judicial.- Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él (...).”

³⁶ “Se produce en los supuestos en los que la intervención de la jurisdicción es requisito *sine qua non* para conseguir un determinado resultado: ahora bien, la intervención se produce no ya sobre el procedimiento arbitral sino sobre el propio laudo. Nos estamos refiriendo a dos casos específicos: la adopción de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo”. CHOCRÓN GIRÁLDEZ. Op. Cit. p. 199.

Cabe indicar que discrepamos con la posición de CHOCRÓN GIRÁLDEZ al limitar la intervención complementaria a los supuestos allí indicados, en tanto deja fuera otros actos procesales donde consideramos que también es necesaria este tipo de intervención del Poder Judicial.

³⁷ En esta línea, PERLINGIERI, señala “que se confía a los árbitros el ejercicio efectivo de actos parciales de jurisdicción”, es decir, “de realizar actos de soberanía”, solamente “la pretensión de ejecución forzada no puede ser sustraída del control del Estado”. PERLINGIERI, Pietro. “Arbitrato e Costituzione. Edizioni Scientifiche Italiane”. Nápoles. 2002. p. 33 (traducción libre).

³⁸ El artículo 40 de la LGA, señala al respecto lo siguiente:

“Artículo 40.- Auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas.- El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir Auxilio Judicial para la actuación de pruebas (...).”

³⁹ Así, el artículo 81 de la LGA regula la intervención judicial para la ejecución de las medidas cautelares dictadas en arbitrajes nacionales en los siguientes términos:

“Artículo 81.- Medida cautelar en sede arbitral.- (...) Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez por el sólo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguna”.

⁴⁰ Es pertinente dejar claramente establecido que no toda ejecución de una medida cautelar se encuentra vedada en la vía arbitral pues sería perfectamente válido que, por ejemplo, se cursen partes a Registros Públicos para anotar una demanda arbitral, entre otros supuestos, en los que no se requiere propiamente el uso de la fuerza.

⁴¹ El artículo 83 de la LGA regula la ejecución de los laudos en los siguientes términos:

“Artículo 83º.- Ejecución de laudo.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes o quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a éste se les hubiesen otorgado en el convenio”.

⁴² Al respecto, cabe precisar que nuestro ordenamiento ha previsto incluso la posibilidad de que las partes otorguen a los árbitros facultades de ejecución (Artículo 83 de la LGA). No obstante, debemos recordar que ello no obsta a que la intervención judicial sea necesaria cuando resulte imprescindible hacer uso de atributos inherentes al *ius imperium* del Estado, como sería el caso de la ejecución forzada.

“Artículo 83.- Ejecución de Laudo.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio” (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, conviene reiterar que el rol de la intervención judicial en estos casos no es la emisión de una sentencia ni la revisión de la actividad realizada en el proceso arbitral, sino simplemente de brindar un complemento que consiste en proveer a las decisiones arbitrales de la fuerza compulsiva de la que carecen, en tanto ha sido reservada al Estado⁴³.

- c. Revisora. - Esta intervención implica la posibilidad de realizar un nuevo análisis del laudo, pero esta vez, por parte de la autoridad judicial. Como sabemos, este rol del Poder Judicial, junto con el de ejecución, son los más usados y, de alguna manera también, aquellos que han suscitado situaciones de abuso, motivando el entorpecimiento de la eficacia de los mandatos arbitrales.

Por lo indicado, es de suma importancia precisar sus alcances. Así, tenemos que los mecanismos de acceso de los justiciables al Poder Judicial, vía revisión, son dos. El primero de ellos es el recurso de apelación –cuando así haya sido pactado por las partes–⁴⁴. Este medio impugnatorio no es una institución propia del proceso arbitral en el que opera la lógica de la irrecorribilidad de las decisiones, sino que se trata de un mecanismo excepcional e “importado” del proceso judicial cuya finalidad es obtener una nueva revisión de todo lo actuado, convirtiéndose el Poder Judicial en una segunda instancia. Por su parte, el segundo mecanismo es el recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración de determinados vicios en el procedimiento o en el propio laudo, los mismos que se encuentran expresamente establecidos en la norma positiva⁴⁵ y que, a diferencia de lo que ocurre en materia del recurso de apelación, tiene el carácter de irrenunciable⁴⁶. Es pertinente indicar que –contrariamente a lo que viene ocurriendo– en

ningún caso la revisión que se realice por esta vía debe implicar un análisis del contenido del laudo, es decir, el recurso de anulación no conlleva la posibilidad de emitir una decisión en sentido diverso al establecido en la vía arbitral⁴⁷; en estricto, la revisión no versará sobre el fondo de lo resuelto, sino que se limitará a verificar la validez formal y del procedimiento en el que el laudo ha sido dictado.

Ahora bien, el sustento de este rol revisor por parte del Poder Judicial es recuperar para sí la función de garantizar la vigencia del derecho fundamental a un debido proceso arbitral, tema al que, como veremos más adelante, se le ha atribuido una connotación particular a propósito del pronunciamiento emitido por nuestro Tribunal Constitucional.

3. El proceso arbitral, el debido proceso y el orden público constitucional

- 3.1. Otra consecuencia que extrae el Tribunal Constitucional del carácter jurisdiccional atribuido al arbitraje es que en él los árbitros se encuentran obligados a respetar los derechos fundamentales, entre ellos, todas aquellas garantías, componentes del derecho al debido proceso, que forman parte de lo que denomina “orden público constitucional” y que tendrían –entre otras– las siguientes manifestaciones: i) el respeto a la supremacía de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna; ii) la sujeción de los árbitros a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; y, iii) la aplicación de los principios de autonomía y no interferencia previstos en el artículo 139 de la Constitución

Al respecto, manifestamos respetuosamente nuestra discrepancia con el razonamiento del

⁴³ Ver: CAIVANO, Roque. “El Arbitraje”. Buenos Aires: AD-HOC. 2000. p. 241.

⁴⁴ “Artículo 60.- Recurso de Apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de la partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación” (El subrayado es nuestro).

⁴⁵ La LGA señala al respecto lo siguiente: “Artículo 61.- Recurso de Anulación.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales 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, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia”.

⁴⁶ “(...) hemos dicho que el recurso de anulación se fundamenta en el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva; de esta manera, al hablar de renuncia al recurso de anulación de laudos arbitrales, estaríamos planteando la renuncia a un derecho (o al ejercicio de un derecho fundamental constitucionalmente protegido (...))”. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. Op. Cit. p. 64.

⁴⁷ MORALES MOLINA, refiriéndose a los alcances del recurso de anulación, señala: “Desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672 (refiriéndose a la legislación colombiana), aunque la primera dependa del acto compromisorio”. MORALES MOLINA, Hernando, citado por BENETTI SALGAR, Julio. “El Arbitraje en el Derecho Colombiano”. Bogotá: Temis. 2001. p. 214.

Tribunal Constitucional en el sentido que el deber de respetar el debido proceso como derecho fundamental es una consecuencia de la consagración del arbitraje como jurisdicción dentro de la Carta Política del Estado.

El derecho a un debido proceso, entendido tanto en su faz procesal—esto es, como conjunto garantías que rigen la actividad de los órganos encargados de resolver conflictos de intereses—, como en su faz sustantiva—que implica el derecho a que la decisión que se emita sea objetivamente justa, dentro de los límites provistos por el Estado de Derecho y los derechos fundamentales⁴⁸, constituye en sí mismo un derecho fundamental.

Tal afirmación implica que es inherente a la naturaleza misma del ser humano o del sujeto de derecho en general, en tanto asegura su dignidad⁴⁹ y desenvolvimiento dentro de una sociedad. Por ello, los derechos fundamentales existen más allá de su consagración en el texto legal o constitucional⁵⁰. Específicamente, tratándose del derecho al debido proceso, éste garantiza a los justiciables el acceso a la justicia, entendido como valor fundamental de la vida en sociedad.

De este carácter fundamental del debido proceso se desprenden dos consecuencias: i) resulta de aplicación absoluta en cualquier proceso o procedimiento, sin distinción alguna (sea judicial, arbitral, militar, administrativo, etcétera). Como consecuencia de ello, ningún tercero que pretenda solucionar un conflicto, sea o no un órgano estatal, se encuentra exento de su cumplimiento; y, ii) en caso de afectación, el titular se encuentra en aptitud de recurrir a los mecanismos de garantía constitucional para conseguir su inmediata reposición y respeto⁵¹.

En consecuencia, con prescindencia de la consagración normativa del arbitraje como “función

jurisdiccional”, es claro que cuando las partes se someten a la decisión de un Tribunal Arbitral—más allá de su naturaleza, sea de derecho o de conciencia—, ello no implica renuncia alguna a su derecho fundamental a un debido proceso, del que gozan simplemente por ser sujetos de derecho. Aceptar lo contrario implicaría afirmar que al arbitraje se encuentra fuera del Estado de Derecho, lo que resulta inconcebible en cualquier sociedad que se tilde de civilizada.

Como señala OSTOS, “por encima de la autonomía de la voluntad de las partes, presente a lo largo de toda la Ley de Arbitraje y cuyo máximo exponente se encuentra en el convenio arbitral, que libre y soberanamente acuerdan, está el derecho constitucional de éstas a la tutela judicial efectiva”⁵².

3.2. Habiendo señalado que, en nuestra opinión, el respeto al derecho fundamental del debido proceso en el arbitraje no depende de su consagración constitucional sino que es inherente a la dignidad misma del ser humano, veamos si ello implica, además, que los árbitros deban respetar la supremacía de la Constitución, encontrándose también sujetos a la jurisprudencia constitucional

En relación con los arbitrajes de derecho, no cabe duda alguna respecto de la necesaria vinculación que debe existir entre la decisión y su correspondencia con el ordenamiento jurídico, en el que sin duda se incluye la Constitución Política del Estado y las decisiones del Tribunal Constitucional; sin embargo, en la doctrina nacional existen serios reparos en considerar que éste deber también rige para los arbitrajes de conciencia⁵³.

En nuestra opinión, en un arbitraje de conciencia las partes confiaron a un tercero la solución de un conflicto, confiriéndole el poder de decidir y hacer

⁴⁸ Ver: LINARES, Juan Francisco. “Razonabilidad de las leyes. El Debido Proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina”. Segunda edición. Buenos Aires: ASTREA. 1989. pp. 26 y 27.

⁴⁹ La Corte Constitucional de Colombia ha definido un derecho fundamental en función de “su íntima relación con la existencia y desenvolvimiento del ser humano en cuanto, poseyendo una dignidad humana que le es inherente, es menester proceder porque así se salvaguarda también dicho ser”. Sentencia T-116/93 del 29 de marzo de 1993 sobre demanda de tutela citada por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. “Jurisprudencia Constitución e Interpretación de Derechos Fundamentales”. En: Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Ensayos, jurisprudencia. Serie Lectura sobre Temas Constitucionales. Comisión Andina de Juristas 13. Lima. 1997. p. 56.

⁵⁰ Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: “Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética o axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectando en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución)”. Sentencia 1417-2005-AA/TC del 8 de julio del 2005 (caso Manuel Anicama Hernández).

⁵¹ Ver: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”. Lima: ARA Editores. 2001. p. 235.

⁵² OSTOS, Martín. “El Recurso de Anulación contra el Laudo Arbitral”. En: Comentario Breve a la Ley de Arbitraje. NAVARRETE LORCA (Coordinador). Bilbao. 1989. p. 75.

⁵³ Al respecto, en posición contraria, DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO expresa que: “Resulta particularmente complejo entender que en los arbitrajes de conciencia árbitros no abogados tengan que laudar siguiendo los preceptos del Tribunal Constitucional”. DEL ÁGUILA RUIZ DE SOCOMURCIO, Paolo. “Entre el amor y el desencanto. Breve mirada a la sentencia sobre arbitraje”. En: Legal Express 63. Año 6. Marzo 2006. p. 5.

valer sus decisiones en base a una relación de absoluta confianza y hasta de fe en sus calidades personales y profesionales, lo que les otorgó la garantía de que lo que se resuelva sería una decisión imparcial y justa.

En efecto, cuando las partes pactan un arbitraje de conciencia no liberan al árbitro del deber de respetar sus derechos fundamentales, entre ellos, a un debido proceso, con todos los elementos que lo configuran de acuerdo a la naturaleza propia del proceso arbitral⁵⁴.

Asimismo, si bien el árbitro podrá dejar de invocar normas del ordenamiento positivo en tanto resolverá esencialmente según sus conocimientos –leal saber y entender–, ello no obsta a que deba respetar los derechos fundamentales de las partes, así como las disposiciones imperativas que los contemplan⁵⁵. Aceptar lo contrario es admitir que cuando se pacta un arbitraje de conciencia se acuerda también mantenerse al margen del Estado de Derecho, lo que resulta claramente insostenible en nuestro sistema jurídico.

En consecuencia, y en la medida que la Constitución es la norma fundamental que contiene las bases esenciales –de principios valores– que regulan las conductas en nuestra sociedad, es claro que las disposiciones que contiene deben regir los actos de todos, incluyendo a los árbitros –con prescindencia de su profesión– y a las partes que intervienen en el conflicto que se somete a su decisión.

De igual manera, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene como función determinar los alcances de las disposiciones constitucionales y de la correcta interpretación de las normas en función a los derechos fundamentales que debe proteger, consideramos que resulta claro que todos los árbitros, sean de derecho o de conciencia, están vinculados por los pronunciamientos que éste emita en calidad de jurisprudencia vinculante.

3.3. Finalmente, el Tribunal Constitucional –en nuestra opinión– ha zanjado la discusión sobre la aplicación de los derechos que integran el debido proceso en los arbitrajes de derecho y de conciencia al haber previsto expresamente el principio de interdicción de la arbitrariedad

Textualmente, la sentencia materia de comentario señala que:

“18. El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales en el marco vinculante del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (...). Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devenida en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultarían vinculantes”.

Con ello, consideramos que también ha dejado de tener sentido la discusión sobre el deber de motivación en los arbitrajes de conciencia. Siendo claro –en nuestra opinión– que éste forma parte del derecho fundamental a un debido proceso⁵⁶, las decisiones que se emitan en este tipo de procesos deberán encontrarse debidamente sustentadas, de modo que las partes puedan conocer el por qué de la decisión adoptada y del razonamiento que llevó a los árbitros a resolver de la forma en que lo hicieron⁵⁷.

4. La jurisdicción constitucional como mecanismo residual ante la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva

4.1. Finalmente, el Tribunal Constitucional deja claramente establecido que la vulneración

⁵⁴ RIVAROLA REISZ sustenta una posición discrepante en los siguientes términos: “Consideramos que es un exceso hablar de tutela procesal efectiva, porque cuando las partes eligen el arbitraje lo hacen para renunciar a algunas garantías tradicionales para ganar en flexibilidad, celeridad, equidad y privacidad”. RIVAROLA REISZ, Domingo. “Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional: Los Dilemas de Constitucionalizar el Arbitraje”. En: Revista Peruana de Arbitraje 2. Lima: Grijley. 2006. p. 581. Sobre este punto, consideramos que, ciertamente, el debido proceso en materia arbitral es menos riguroso que en un proceso judicial; sin embargo, aún así existirán “garantías mínimas” respecto de las cuales no sería permitido un pacto en contrario o una renuncia.

⁵⁵ Ver: DE TRAZEGNIES, Fernando. “Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia”. En: Ius Et Veritas 12. Lima.

⁵⁶ Ver: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “Sobre el deber de Motivación y su Aplicación en los Arbitrajes de Conciencia”. En: THEMIS-Revista de Derecho 43. pp. 53-68.

⁵⁷ En efecto, la vinculación entre la motivación y el principio de interdicción de la arbitrariedad es manifiesta. Así, el Tribunal Constitucional español ha señalado que: “La arbitrariedad, por tanto, es lo contrario de la motivación que estamos examinando, es la no exposición de la causa de la decisión o la exposición de una causa ilógica, irracional o basada en razones no atendibles jurisdiccionalmente, de tal forma que la resolución aparece dictada sólo en base a la voluntad o capricho del que la tomó como un puro voluntarismo”. Sentencia 63/1998 del 11 de abril de 1998 emitida por el Tribunal Constitucional español, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 4 de mayo de 1988. Jurisprudencia Constitucional XX. p. 757 (el resaltado es nuestro).

del derecho fundamental a un debido proceso adjetivo (o procesal)⁵⁸ autoriza el inicio de un proceso constitucional para cuestionar la decisión recaída en un arbitraje

El supremo intérprete de la Constitución señaló:

“21. (...) a juicio de ese 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”.

Ahora bien, definido que el mecanismo que corresponde ser utilizado frente a la vulneración al derecho fundamental a un debido proceso arbitral es el constitucional, el Tribunal ha precisado el momento en que esta vía puede ser utilizada válidamente, determinando que este control debe ser siempre posterior y residual, esto es, requiere de los siguientes actos, a los que ha calificado como vía previa:

a. Si lo que se pretende cuestionar es la competencia del Tribunal, lo que corresponde de manera previa es formular la impugnación respectiva ante el mismo Tribunal, quien en aplicación del principio “*kompetenz-kompetenz*”⁵⁹, contenido en el artículo 39 de la LGA⁶⁰ está en

aptitud de conocer válidamente de los cuestionamientos que se formulen al respecto. Este principio se vincula directamente con el de no interferencia y autonomía de la denominada “función jurisdiccional arbitral”

Al respecto, el Tribunal señala: “(...) Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio (refiriéndose al *kompetenz-kompetenz*), a efecto de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza, civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial”.

b. Si formulado este cuestionamiento esta defensa de forma no fuese amparada, la parte que denunció el vicio en la competencia está en aptitud de plantear el recurso de apelación –si ello hubiese sido pactado expresamente– o de anulación ante el Poder Judicial

Al respecto, es pertinente indicar que si bien –en nuestra opinión– la LGA no ha previsto en el artículo 73 una causal que contemple adecuadamente la afectación al debido proceso y a la tutela jurisdiccional, en la práctica, tanto abogados como jueces forzamos la figura para considerar contemplados estos supuestos en el inciso 2 del artículo 73⁶¹, referido a la afectación del derecho de defensa, que es uno de los que integra el debido proceso⁶².

⁵⁸ Entre los que se encuentran los derechos: i) a un juez imparcial; ii) a la defensa; iii) a la prueba; iv) a la impugnación; v) a la debida motivación; vi) al sometimiento al procedimiento preestablecido, entre otros.

⁵⁹ Desarrollando este principio, CANTUARIAS SALAVERRY y ARAMBURÚ YZAGA señalan que: “(...) la doctrina postula desde hace mucho tiempo la necesidad de que sean los propios árbitros los que determinen, por lo menos en un principio, si son competentes o no para resolver la controversia o, lo que es lo mismo, si el convenio arbitral que es autónomo al contrato principal sufre de algún vicio que lo invalide. Esta competencia de los árbitros de resolver acerca de su propia competencia se la conoce comúnmente como *Kompetenz-Kompetenz* y se encuentra expresamente reconocida en un sinnúmero de tratados y leyes sobre la materia arbitral (...). De esta manera los árbitros tienen competencia para: 1) Verificar la validez del convenio arbitral; y, 2) Verificar si procede resolver por la vía arbitral la materia o materias cuya resolución ha sido solicitada por las partes”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. “El Arbitraje en el Perú. Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras”. Lima: Fundación M.J. Bustamante De La Fuente. 1994. p. 226.

⁶⁰ “Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.- Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio (...)”.

⁶¹ “Artículo 73.- Causales de anulación de los laudos arbitrales.- El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe: (...)

2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente”.

⁶² En efecto, así se ha pronunciado la primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima en el expediente 1153-2005 sobre Anulación de Laudo Arbitral: “En efecto, tal como lo expresa la cita transcrita, la doctrina diferencia entre el derecho de defensa y los otros derechos que conforman el derecho complejo a un debido proceso. Así, por ejemplo, PICO I JUNOY diferencia, entre otras, a las siguientes garantías constitucionales del proceso: derecho de acceso a los tribunales, derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales (...), derecho a la defensa (...).

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 afectación al derecho constitucional a una resolución debidamente motivada.

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

Sin embargo, a partir de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional, es claro que la causal de afectación al debido proceso –con el conjunto de derechos que lo conforman, incorporando además la afectación a la Constitución así como a la jurisprudencia constitucional obligatoria– es pasible de cuestionamiento ante el Poder Judicial, vía recurso de anulación de laudo.

- c. Si el recurso de anulación fuese desestimado por el Poder Judicial, cabría recién la posibilidad de recurrir a la vía constitucional

El Tribunal dispuso: “12. (...) El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación de laudos previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas (...)”.

De este modo, desde la emisión de la sentencia materia de análisis, el mecanismo que se venía utilizando de manera recurrente (y que consistía en el inicio de un proceso judicial –sea civil, penal o constitucional– en el que se solicitaban medidas cautelares destinadas a suspender un proceso arbitral en trámite), resultan improcedentes de plano.

Esta posición vinculante del Tribunal tiene un efecto claramente positivo, en tanto cumple con definir claramente los límites en cuanto a la oportunidad de la intervención del Poder Judicial, evitando la interferencia en procesos arbitrales y generando predictibilidad y seguridad jurídica.

Sin embargo, tampoco podemos dejar de reconocer que existen casos de violaciones flagrantes al debido proceso en los que la realización de un control posterior determina la irreparabilidad de los daños sufridos, con lo cual el inicio de un proceso carece de toda eficacia práctica. Ello determinaría, en la mayoría de los casos, dejar abierta –por ejemplo– la posibilidad de una pretensión indemnizatoria a través de un proceso de responsabilidad civil, si fuera el caso.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Habiendo dejado claramente establecido que la eficacia del arbitraje requiere del Poder Judicial,

resulta imprescindible que se establezca una relación armónica entre ambos mecanismos de solución de conflictos, de manera que recíprocamente respeten sus ámbitos de actuación sin interferencia, pero sí con interacción, pues de ello depende que se garantice el derecho de acceso a la justicia de los justiciables –más allá de la naturaleza del mecanismo que se utilice para estos efectos, sea público o privado– y se logren objetivos superiores y trascendentes para la vida en sociedad, los cuales el Estado debe proteger.

Compartimos firmemente lo señalado por CAIVANO en el sentido que: “El arbitraje debe convivir con la justicia. Para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecer una relación de cooperación entre ambos sistemas. Así como los árbitros deberán comprender las limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de *imperium* y el orden público, será necesario que los jueces compartan la filosofía y los objetivos del arbitraje como sistema que “coopera en la resolución de conflictos, prestando su auxilio cuando deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo, aceptando también sus propias limitaciones en casos que legítimamente fueron sustraídos de su competencia”⁶³.

En esa línea y, sin perjuicio de nuestra discrepancia con el sustento otorgado por nuestro Tribunal Constitucional a la función arbitral, consideramos que se ha dado un “paso adelante”, se “ha puesto orden”, uniformizando criterios y estableciendo pautas claras y obligatorias que deben ser respetadas por todos, partes, árbitros y jueces, definiendo el contenido y la oportunidad de la intervención judicial cuando lo que se pretende es cuestionar la actividad arbitral que determinó la emisión de una decisión indebidamente agravante a alguna de las partes.

Por ello, consideramos que es imprescindible sentar las bases para crear una cultura arbitral, generando las condiciones que permitan su conocimiento y el fortalecimiento de la confiabilidad en el arbitraje.

El arbitraje no debe ser, pues, como señala el maestro MORELLO, “un modelo que opere a medias ni que ha de estar expuesto a la ortopedia que le suministran los magistrados. En lo suyo son jueces plenos, se les reconoce mayor libertad y espontaneidad aunque siempre subordinados a las exigencias –constitucionales– del proceso justo”⁶⁴.

⁶³ CAIVANO, Roque J. “El Arbitraje”. Op. Cit. p. 35.

⁶⁴ MORELLO, Augusto M. “Contribución a la Reforma del Juicio Arbitral”. En: Avances Procesales. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni. 2003. p. 595.