

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**SECCIÓN DE DERECHO**



**LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PLURALIDAD DE  
INSTANCIAS EN EL PROCESO ARBITRAL**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

**AUTOR:**

**ROBERTO ALEJANDRO PALACIOS BRAN**

**ASESOR:**

**CARLOS ANGULO ESPINO**

**TRUJILLO - PERÚ**

**2015**

*A Roberto y Teresa, mis padres por todo lo bueno que me han dado  
y seguirán dando.*

*A mi esposa Carla y a mis hijos Diego y Alessandra por permitirme trascender  
con ellos y para ellos.*

## **Presentación**

*Señores Miembros del Jurado:*

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el agrado de dirigirme a ustedes para presentar la tesis titulada: «LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PLURALIDAD DE INSTANCIAS EN EL PROCESO ARBITRAL» con el propósito de optar por el grado de Doctor.

Tratando de obtener el máximo grado de claridad y rigurosidad, esta investigación ha sido desarrollada de acuerdo a la normatividad vigente, la doctrina científica y el desarrollo jurisprudencial.

Deseando que la presente tesis satisfaga con las expectativas científicas y académicas pongo a vuestra disposición la misma para su evaluación y consiguiente dictamen correspondiente.

Trujillo, julio del 2015

Roberto Alejandro Palacios Bran

*Magister en Derecho*

## Resumen

El arbitraje debe convivir con la justicia ordinaria, pero para que esta convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos mecanismos a la vez los árbitros deben comprender las limitaciones que les impone su origen convivencial, la falta de *imperium* y el orden público, hacen necesario que los jueces compartan la idea del arbitraje como sistema que coopera en la solución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo. Si para lograr el pleno reconocimiento de las garantías procesales fundamentales resguardados en el ejercicio de la función jurisdiccional, habrá de considerarse jurisdicción, jurisdicción parcial o jurisdicción restringida en el que permita su acercamiento y reconocimiento que las garantías constitucionales en materia procesal no le es ajena y deberá ajustarse totalmente a ellas e impedir cualquiera forma de vulneración o inobservancia.

Por otra parte que las partes en un proceso arbitral no configuren o acuerden, antes o durante el desarrollo del proceso arbitral, sobre la posibilidad de recurrir a una segunda instancia a través de una apelación contra el laudo, lo hacen en virtud de la aplicación del principio de determinación (fundado en el artículo 361 del Código Procesal Civil). El no acordar esto último no significa rechazar en el caso en concreto a este principio. Pero, al ser este un principio en el que se necesita de un acuerdo concurrente entre por lo menos dos de las partes, el no llegar a un acuerdo rechazaría de forma inmediata en el proceso arbitral su aplicación, sin existir medio o mecanismo alguno para lograr la posibilidad de que entre en juego o se active el principio de pluralidad de instancias. No habiendo acuerdo basado en el principio de determinación, entonces el principio es *derrotado*, o inaplicable, en virtud del artículo 62 del Decreto Legislativo 1071. Luego, el principio de pluralidad de instancias es *derrotado* también por el mismo artículo.

No existe duda alguna que así tengamos en cuenta cualquier principio como elemento del debido proceso, y las partes no lleguen a un acuerdo en la configuración de las instancias, estos serán derrotados por la regla contenida en el artículo 62, y por los otros principios aplicables al proceso arbitral. Lo que hace concluir que existe un conflicto y vulneración «en concreto» del principio de pluralidad de instancias por el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071.

**Palabras Clave:** Pluralidad de instancias, instancia única, arbitraje, principios, reglas, derrotabilidad, conflicto en abstracto, conflicto en concreto.

## Abstract

The arbitration shall live with the regular courts, but for this coexistence is harmonious, cooperative relationship between the two mechanisms to be established once the referees must understand the limitations imposed by their convivial origin, lack of *imperium* and order, make it necessary for judges to share the idea of arbitration as a system that cooperates in resolving conflicts, with their aid when they need to use them to enforce the award. If achieving full recognition of the fundamental procedural guarantees sheltered in the exercise of the judicial function, will be considered jurisdiction, partial jurisdiction or restricted jurisdiction in permitting their approach and recognition that the constitutional guarantees of procedural matters is no stranger and shall conform fully to them and prevent any form of violation or non-compliance.

Furthermore the parties to an arbitration agree not set or before or during the arbitral process, the possibility of using a second instance through an appeal against the award, they do under the application of determination principle. The latter does not agree does not mean rejecting the particular case of this principle. But as this is a principle which requires a concurrent agreement between at least two of the parties, unable to reach agreement immediately reject the arbitration process your application, with no means or mechanism to achieve the possibility that comes into play or the first of multiple instances are active. There being no agreement based on the principle of determination, then the principle is *defeated*, or unenforceable pursuant to Article 62 of Legislative Decree 1071. Then the principle of plurality of instances is *defeated* also by the Article.

There is no doubt that so keep in mind any principle as an element of due process, and the parties do not reach agreement on the configuration of instances, they will be defeated by the rule contained in Article 62 and the other principles

Arbitration process. What makes the conclusion that there is a conflict and violation 'in particular' the principle of plurality of instances per article 62 of Legislative Decree 1071.

**Keywords:** Plurality of instances, single instance, arbitration, principles, defeasibility, conflict in the abstract, conflict in the case.

## Contenidos

Dedicatoria . . . . .	II
Presentación . . . . .	III
Resumen . . . . .	IV
Abstract . . . . .	VI
<b>1. Introducción</b>	<b>12</b>
1.1. Realidad problemática . . . . .	12
1.2. Planteamiento del problema . . . . .	14
1.3. Hipótesis . . . . .	14
1.4. Variables . . . . .	14
1.5. Objetivos . . . . .	14
1.5.1. Objetivo general . . . . .	14
1.5.2. Objetivos específicos . . . . .	15
<b>2. Marco Teórico</b>	<b>16</b>
2.1. Aspectos filosóficos, políticos y jurídicos del arbitraje . . . . .	16
2.2. La jurisdicción . . . . .	20
2.2.1. Características de la jurisdicción . . . . .	21
2.2.2. Elementos de la jurisdicción . . . . .	22
2.2.3. Poderes que emanan de la jurisdicción . . . . .	22
2.2.3.1. Poder de decisión . . . . .	22
2.2.3.2. Poder de coerción . . . . .	23
2.2.3.3. Poder de documentación o investigación . . . . .	23
2.2.3.4. Poder de ejecución . . . . .	23
2.2.4. La jurisdicción arbitral . . . . .	24
2.3. La Tutela Jurisdiccional Efectiva . . . . .	28



2.3.1.	El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva . . . . .	29
2.3.2.	Características . . . . .	32
2.4.	El debido proceso . . . . .	35
2.4.1.	Definición . . . . .	38
2.4.2.	Características . . . . .	40
2.4.2.1.	Debido proceso formal y sustantivo . . . . .	41
2.4.3.	Debido proceso y tutela judicial efectiva . . . . .	44
2.4.4.	Elementos del debido proceso . . . . .	47
2.5.	Los principios jurídicos o generales del derecho . . . . .	49
2.6.	Teorías fuertes y débiles entre normas y principios . . . . .	53
2.7.	Criterios distintivos entre normas y principios jurídicos . . . . .	55
2.7.1.	Elementos distintivos de la teoría fuerte de los principios jurídicos . . . . .	61
2.8.	Principio y derecho fundamental: La pluralidad de instancias . . . . .	63
2.8.1.	La instancia . . . . .	64
2.8.2.	Configuración jurídica-normativa de la pluralidad de instancias . . . . .	68
2.8.3.	Definición . . . . .	70
2.8.4.	Hermenéutica jurídica del modelo de la doble instancia y el doble conforme . . . . .	72
2.8.5.	Negación de la pluralidad de instancia como derecho fundamental . . . . .	73
2.8.6.	Derrotabilidad del principio de pluralidad de instancias y su análisis lógico . . . . .	76
2.8.6.1.	El condicional derrotable . . . . .	80
2.8.6.2.	Excepción a la regla en virtud de un principio . . . . .	81
2.8.6.3.	Los conflictos normativos . . . . .	81
2.8.6.4.	El conflicto entre principios . . . . .	83
2.8.6.5.	La ponderación . . . . .	85
2.8.6.6.	El conflicto entre principios: pluralidad de instancias y principio de autodeterminación . . . . .	86
2.9.	La instancia única . . . . .	93

2.10. La instancia única: El arbitraje . . . . .	95
2.10.1. El pacto arbitral . . . . .	96
2.11. Mecanismos idóneos de impugnación del laudo arbitral . . . . .	98
2.11.1. La motivación del laudo . . . . .	98
2.11.2. Rectificación, interpretación, integración y exclusión sobre el fondo . . . . .	99
2.11.3. Recurso de apelación . . . . .	102
2.11.3.1. Finalidad . . . . .	102
2.11.4. Recurso de anulación . . . . .	104
2.11.4.1. Las causales . . . . .	105
<b>3. Metodología</b>	<b>108</b>
3.1. Material y Procedimientos . . . . .	108
3.1.1. Material . . . . .	108
3.1.1.1. Técnicas . . . . .	108
3.1.1.2. Instrumentos . . . . .	108
3.1.2. Procedimientos . . . . .	109
3.1.2.1. Método . . . . .	109
3.1.2.2. Población y Muestra de estudio . . . . .	109
3.1.2.3. Diseño de la Investigación . . . . .	109
3.1.2.4. Procedimiento de Recolección de Datos . . . . .	110
3.1.2.5. Diseño de procedimiento y análisis de datos . . . . .	110
<b>4. Recolección y análisis de datos cualitativos</b>	<b>111</b>
4.1. Muestra . . . . .	111
4.1.1. La opinión de expertos . . . . .	111
4.2. Instrumento: Entrevista . . . . .	111
4.3. Análisis de los datos de la entrevista . . . . .	112
<b>5. Resultados y discusión</b>	<b>113</b>
5.1. Categorización y codificación . . . . .	113
5.2. Designación de unidades de análisis . . . . .	113

5.2.1. Recolección de datos 1 (JMF) . . . . .	113
5.2.1.1. Discusión . . . . .	114
5.2.2. Recolección de datos 2 (NLA) . . . . .	115
5.2.2.1. Discusión . . . . .	116
5.2.3. Recolección de datos 3 (MPH) . . . . .	118
5.2.3.1. Discusión . . . . .	120
<b>6. Conclusiones y Recomendaciones</b>	<b>123</b>
6.1. Conclusiones . . . . .	123
6.2. Recomendaciones . . . . .	129
6.2.0.2. Propuesta legislativa . . . . .	133
<b>Referencias</b>	<b>134</b>

# Capítulo 1

## Introducción

### 1.1. Realidad problemática

Nadie duda ahora de la importancia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos eficiente, confiable, rápido y seguro. Importancia que se ha visto consolidada por la intensificación del comercio en el ámbito interno e internacional, que ha llevado a los países a ajustarse a nuevos mecanismos de intercambio y a alternativas de resolución de controversias a la par con la celeridad con la que se desarrollan los negocios hoy en día.

Los méritos del arbitraje, su juricidad y su conveniencia, son las razones de su sólida institucionalización en el plano nacional como internacional. La seguridad de un tribunal que brinde justicia accesible, rápida, previsible, confiable, es deseable y posible a través del arbitraje.

Es paradójico que una institución tan antigua, rodeada de tradición como el arbitraje, vuelva hoy remozada para brindarnos respuesta a los nuevos problemas que afronta nuestra sociedad postmoderna.

Estudiarla y analizarla con cuidado, puede conducirnos a profundizar la armonía y la paz social que son, en definitiva, el fin del derecho.

El Decreto Legislativo N.º 1071, la nueva Ley de Arbitraje, establece que la única vía de impugnación del laudo, es el recurso de anulación, teniendo como objetivo la revisión de su validez por cuestiones de forma, por las causales taxativamente prescritas en el artículo 63, y prohibiendo, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral,

asegurando tal vez, la no demora en la ejecución del laudo como también, la restricción de la intervención judicial. Es por eso, que la nueva Ley de Arbitraje, no regula el recurso de apelación, a diferencia de la derogada Ley N.º 26572, Ley General de Arbitraje.

Al no regularse el recurso de apelación, se estaría excluyendo la posibilidad de una segunda instancia, por lo que a su vez, vulnera el principio de pluralidad de instancias, que constituye una garantía constitucional propia de un debido proceso arbitral. Según el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en la sentencia Exp. 06167-2005-PHC/TC, caso Fernando Cantuarias Salaverry, ratifica que la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca la inobservancia de los principios constitucionales que informa la actividad de todo órgano que administra justicia, es más, el Tribunal indica que el reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional y a la vez, aclarando que el reconocimiento constitucional del arbitraje como fuero especial, no vulnera el principio de igualdad ante la ley, prescrito en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dicha jurisdicción aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela efectiva.

En efecto, el D. Leg. 1071 que regula el arbitraje, al no considerar el recurso de apelación como otra vía de impugnación, pareciera estar inobservando el principio de pluralidad de instancias que es uno de los principios constitucionales que constituyen y aseguran un debido proceso en el arbitraje, que constitucionalmente está reconocido como jurisdicción especial.

Es por ello que a propósito de la nueva Ley de Arbitraje peruana vigente desde setiembre de 2008 nos abocamos a investigar algunos de los temas que como innovaciones se han regulado, recogiendo la experiencia de la práctica arbitral y las modificaciones y enmiendas hechas a la Ley Modelo UNCITRAL de 2006 y entre las que encontramos la prohibición legal de impugnar el laudo arbitral de derecho a través del recurso impugnatorio de apelación que a nuestro juicio contraviene el principio de pluralidad de instancias y el debido proceso que como actividad

jurisdiccional los árbitros y el arbitraje deben observar.

## **1.2. Planteamiento del problema**

¿De que manera el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 vulnera el principio de pluralidad de instancias como garantía de un debido proceso?

## **1.3. Hipótesis**

El artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 vulnera el principio constitucional de pluralidad de instancias, al impedir la interposición del recurso de apelación contra el laudo arbitral por cuestiones de fondo ante una inminente afectación al debido proceso arbitral.

## **1.4. Variables**

- Variable Independiente:

Artículo 62 del Decreto Legislativo 1071.

- Variable Dependiente:

Vulneración al principio pluralidad de instancia.

## **1.5. Objetivos**

### **1.5.1. Objetivo general**

Determinar de que manera el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 vulnera el principio de pluralidad de instancias como garantía de un debido proceso

## **1.5.2. Objetivos específicos**

- 1.5.2.1. Explicar y definir teóricamente el principio de pluralidad de instancias como garantía de un debido proceso.
- 1.5.2.2. Realizar un análisis lógico-hermenéutico para determinar la existencia de un conflicto entre el principio de determinación de las partes y el principio de pluralidad de instancias dentro del proceso arbitral.
- 1.5.2.3. Realizar un análisis lógico-hermenéutico que determine si entre artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 y el principio de pluralidad de instancias existe un conflicto normativo en abstracto o en concreto.
- 1.5.2.4. Describir y analizar si existen mecanismos legales idóneos distintos al recurso de anulación en el Decreto Legislativo 1071 que garanticen un debido proceso.

## Capítulo 2

### Marco Teórico

En primer lugar, como fundamento de toda la investigación a realizarse, se deberá dilucidar la posibilidad de considerar al arbitraje como jurisdicción, desarrollando previamente sus aspectos filosóficos, políticos y jurídicos. Si bien es cierto la doctrina mayoritaria argumenta y concluye que no puede ser considerada como jurisdicción por carecer de sus elementos principales, nosotros adoptaremos una perspectiva constitucional, sin dejar de lado los principios reinantes y la normatividad especial propia del proceso arbitral, para poder analizar los beneficios o el posible detrimento de esta exclusión. Es así que, teniendo en cuenta su naturaleza especial y particularísima en la resolución de conflictos observaremos sus implicancias constitucionales para poder responder si es válido alejarnos de alguno de los principios rectores que garantizan la regularidad de un proceso en un Estado constitucional de derecho, en beneficio a dicha especialidad y particularidad.

#### 2.1. Aspectos filosóficos, políticos y jurídicos del arbitraje

El arbitraje ha echado raíces desde que el hombre en su interacción ha podido encontrarse ante discusiones irresolutas, disputas y conflictos que necesitaban de un tercero imparcial. En la antigua Roma, el arbitraje fue un medio privilegiado de establecer el derecho. En realidad, la justicia romana tiene siempre una fuerte base consensualista: el pleito es un problema que atañe fundamentalmente a las partes y que, por consiguiente, debe ser resuelto privadamente. Incluso los jueces oficiales derivan su autoridad de la sumisión que las partes hacen de una controversia. El juez es muchas veces denominado *arbiter* en los textos (Trazegnies, 1989: 39).



Sin embargo, a pesar de sus orígenes, el arbitraje del cual hablamos ahora no puede ser el mismo que el arbitraje ateniense o romano. El arbitraje al que nos referimos actualmente no es, pues, una simple continuidad de las formas de los derechos antiguos, ya que en el entretanto se han producido varias rupturas históricas, cargadas de sentidos ideológicos y de consecuencias prácticas. El arbitraje actual es una institución post-moderna (si por moderno entendemos el derecho liberal clásico). Es post-moderna porque se presenta como una reacción contra ese monopolio funcional jurisdiccional del Estado que constituye una característica de la ideología jurídica moderna o liberal. La congestión de las causas en los tribunales y la ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la vida comercial moderna exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia, han llevado a una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial como medio de proporcionar seguridad para la vida comercial. El arbitraje actual no quiere ser un mero auxiliar del Poder Judicial sino que pretende sustituirse al Poder Judicial en una serie de campos donde considera que el sistema formal y oficial no es eficiente (Trazegnies, 1989: 40).

La justicia del Estado estaba, en principio, diseñada para dar respuestas a los problemas de derecho interno, es decir, a los surgidos dentro de sus fronteras. El derecho comercial, a través del derecho internacional privado, como las cuestiones de familia, impulsaron el avance e soluciones de carácter internacional. Pero las dilaciones en las respuestas eran, y son, notorias. La discusión acerca de la ley aplicable, del tribunal competente, de la ejecución de sentencias lleva a los tribunales del Estado a largos debates, mientras las partes interesadas ven transcurrir su preciado tiempo sin obtener respuesta, sea ella satisfactoria o no. El arbitraje es una justicia «a medida». Las partes, acudan a centros de arbitraje o se decidan por el arbitraje *ad-hoc*, logran en lapsos plausibles poner fin a sus diferendos. Y el tiempo es un factor esencial en las relaciones comerciales internas y, fundamentalmente, internacionales.

El arbitraje aparece con fuerza incontenible como el medio más apto para lograr zanjar los diferendos que engloban problemas novedosos de un orden mundial

nuevo.

Es importante señalar, como lo hacen Feldstein y Leonardi (1998: 57), que el arbitraje no compite con la justicia del Estado, ya que su desarrollo pleno tiene lugar precisamente en aquellos países donde sus legislaciones ofrecen eficaz colaboración a los tribunales arbitrales. La justicia del Estado y la justicia arbitral no se encuentran en situaciones de conflicto, y como lo sostenemos más adelante por sus importantes implicancias constitucionales se tratan de jurisdicciones complementarias. El éxito, es decir, el logro de la paz social como meta indiscutible de ambas vías, se logran tan solo mediante el delicado equilibrio de su complementariedad, de su interdependencia.

No debe olvidarse, ni dejarse de lado, que el arbitraje nace de un convenio, es decir, de un contrato, de un acuerdo de voluntades pactado libremente por las partes. La institución jurídica más relevante del denominado «derecho privado» es el contrato. Para celebrar un contrato se requiere: capacidad, libertad, intención, discernimiento y la licitud en el objeto. Un contrato es una norma jurídica. Los cocontratantes son los órganos de creación de esa relación jurídica, al obligarse su voluntad han creado derecho en forma autónoma. En este sentido, el concepto de democracia está centrado por lo menos en dos puntos: primero, en la igualdad entre las partes y el respeto a la autonomía de la voluntad y segundo, en la libertad otorgada a los particulares en la creación y distribución de la riqueza según su conveniencia (Feldstein y Leonardi, 1998: 57).

El concepto moderno de «contrato» no es más que un subproducto de la ideología liberal imperante a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Se pensaba que la iniciativa individual era el mejor medio para el logro de la auténtica convivencia humana. Si se dejaba a la libertad actuar, todo sería mejor. Así se acuñan tres ideas centrales, íntimamente ligadas: la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y la obligatoriedad del acuerdo. Las partes son libres e iguales, pero el mayor ejercicio de su libertad es, curiosamente, la posibilidad de autolimitarla a través del acuerdo al que voluntariamente llegue. Así, el contrato es ley entre las partes, porque ninguna otra ley distinta podrá satisfacer de menor manera sus intereses (Bullard, 1989).

La libertad de la que se habla, es la fuente generatriz del arbitraje, si bien es cierto la libertad no puede desligarse de la vida misma, desde que esta es «la vida de la libertad». La trascendencia de la libertad reside en que ella se constituye como lo que diferencia a la persona de los demás seres del mundo en cuanto es su ser. La libertad es lo que hace a la persona ser persona. Proteger jurídicamente la libertad es, por consiguiente, proteger el ser de la persona y, con ella, su vida misma, su razón de ser y su propia identidad (Fernández, 2006: 30).

De la misma manera Puntsch (1986) expone, en sus supuestos filosóficos que sustentan los ideales liberales:

En la cúspide de la escala de valores figura el valor de la libertad. El término latino «*liberalis*» significa «relativo a la libertad», y además «digno de un hombre libre, decentes, bondadoso». Los seres humanos son diferentes. Se diferencian por su forma y aspecto, su origen y su talento, su educación y capacidad, sus conocimientos sus problemas, sus circunstancias y formas de vida, sus objetivos y su concepto de la felicidad. Nadie se asemeja a ningún otro. Cada uno es inconfundible. Así también, toda persona desea desarrollarse de conformidad con esta individualidad inconfundible. A partir de circunstancias distintas, todos aspiran a lograr, por caminos distintos, objetivos distintos. Para poder seguir su camino individual y cumplir con su destino, necesitan libertad.

La libertad, no resulta ser una «facultad», una propiedad, de la cual el hombre puede disponer o no. El ser humano no «tiene» ni deja de tener libertad sino que el hombre «es libertad». Es esta su situación ontológica en el mundo. La libertad le ha sido impuesta al hombre como «su responsabilidad» (Fernández, 2006: 31). Libertad es la posibilidad de escoger entre una pluralidad de opciones. Libertad es libertad de decisión. La falta de libertad es la pérdida de las posibilidades de decisión. Cuando el hombre decide, asume también la responsabilidad de las consecuencias de su decisión. La libertad fundamenta el derecho del individuo y limita los derechos de la comunidad frente a él. La responsabilidad fundamenta la obligación del individuo con la comunidad y limita sus derechos frente a ella y en ella. La política liberal debe, como cualquier otra, hallar el equilibrio entre los derechos del individuo y los de la comunidad (Puntsch, 1986).

Puntsch (1986) complementa el supuesto filosófico de la libertad y responsabilidad hablando de la autodecisión, o autodeterminación: es el modo como se emplea la libertad. Esta es la forma, aquella, el contenido. Sin un contenido que las haga estables, las formas pueden escogerse o romperse. el liberalismo solo puede funcionar si el ciudadano está dispuesto a practicar la autodecisión; si tiene libertad para aferrarse a su derecho de libre decisión cuando se pretenda restringirlo, y para crear nuevos espacios libres reclamando un mayor grado de autodeterminación.

La dignidad humana debe su existencia a la autonomía de la voluntad de las personas, y en ese sentido, se puede decir que el ser humano es digno ya que puede determinar su destino por sí mismo, a diferencia de los animales (Kant, 1981). El humano es digno pues «existe como fin y no simplemente como medio arbitrario de tal o cual voluntad», ya que su voluntad es autónoma, pues tiene en sí misma la ley conforme la cual se determina.

De esta forma, el reconocimiento de la dignidad humana implica la protección de la autonomía personal, pues ese es uno de los tres ámbitos que ella protege, facultando a la persona a vivir como ella quiera.

En el arbitraje al sustentarse epistemológicamente en la autodeterminación, lo hace en contexto de alteridad. El ser humano es social o no es. Esta dimensión social explica que el derecho sea nada menos que una «exigencia existencial». El ser humano no puede coexistir sin reglas de conducta. El derecho, por ello, pertenece a la estructura misma del ser humano (Fernández, 2002).

## **2.2. La jurisdicción**

El artículo 138 de la Constitución establece que:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

También el artículo 139 de la Constitución prescribe lo siguiente:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

«La jurisdicción, del latín *iurisdictio*, vocablo compuesto por las locuciones *iuris*, derecho, y *dictio*, decir, dictar, tiene el significado etimológico de decir o dictar el derecho» (Vidal, 2003: 31; Rodríguez, 2007: 378) y este significado deriva a la idea de juzgar y declarar el derecho al resolver una controversia.

«Por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial» que «tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales» (Devis, 2004: 95).

«El fin principal de la función jurisdiccional es satisfacer el interés público del Estado en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la vida, la dignidad y la libertad individual, en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social» (Devis, 2004: 96).

Entendida como «poder-deber del Estado destinado a solucionar de un conflicto de interés o incertidumbre jurídica de forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible y promoviendo a través de ellos el logro una sociedad con paz social en justicia» (Monroy 1996: 94); un poder-deber que «otorga tutela a los litigantes que recurren a él para hacer realidad el derecho objetivo» (Ledesma 2009: 51).

### **2.2.1. Características de la jurisdicción**

«La jurisdicción es *autónoma*, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente, y es exclusiva, tanto en el sentido de que los particulares no pueden ejercerla, como porque cada Estado la aplica con prescindencia y exclusión de los otros,

y debe ser independiente frente a los otros órganos del Estado y a los particulares». Decimos también que es «*única*, es decir que solo existe una jurisdicción del Estado, como función, derecho y deber de éste; pero suele hablarse de sus varias ramas para indicar la forma como la ley distribuye su ejercicio entre diversos órganos y funcionarios especializados, para el mejor cumplimiento de sus fines» (Devis, 2004: 96).

### **2.2.2. Elementos de la jurisdicción**

El elemento subjetivo comprende, además del juez o magistrado, a las partes y a los tercero que intervienen en el proceso ya formado. Por este aspecto se diferencia de las actividades de la administración.

El elemento formal lo constituye el procedimiento que se ha de seguir, las normas contenidas en los respectivos código procesales (civil, laboral, penal, militar, contencioso-administrativo). Pero también la administración está sujeta a un procedimiento para conocer, estudiar y resolver las peticiones que se formulen, con recursos o impugnaciones, términos y formalidades; de ahí que la sola existencia de un procedimiento no sirva para distinguir las dos funciones.

El elemento material o contenido de la jurisdicción se presta a controversias, porque concierne a los fines del proceso y de sus funciones, respecto a las cuales existen muchas discrepancias

### **2.2.3. Poderes que emanan de la jurisdicción**

Siguiendo a Devis (2004) en el desempeño de sus funciones, las autoridades encargadas de ejercer la jurisdicción en sentido estricto (jueces y magistrados) están investidas, por razón de ella, de ciertos poderes, que pueden comprenderse en cuatro grupos.

#### **2.2.3.1. Poder de decisión**

Por medio de este poder dirimen con fuerza obligatoria la controversia, o hacen o niegan la declaración solicitada, o resuelven sobre la existencia del hecho ilícito

penal y de la responsabilidad del sindicado o imputado, cuyos efectos en materia contenciosa vienen a constituir el principio de la cosa juzgada.

#### **2.2.3.2. Poder de coerción**

Con este se procuran los elementos necesarios para su decisión (oficiosamente o a solicitud de parte, según sea el caso), removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Sin este poder, el proceso perdería su eficacia y la función judicial se reduciría a mínima proporción. En virtud de él, los jueces pueden imponer sanción a los testigos que se nieguen a rendir declaración o a quienes se opongan al cumplimiento de sus diligencias; puede también sancionar con arriesgo a quienes les falten al respeto en su condición de jueces y expulsar del despacho a las personas que entorpezcan su trabajo; y puede, finalmente, emplear la fuerza pública para imponer a los rebeldes una orden de allanamiento y para practicar un embargo y secuestro o para conducir a su presencia al imputado o sindicado y al testigo desobediente. A veces la coerción consiste en ciertas consecuencias jurídicas adversas, como la declaración de confeso cuando la parte no concurre a interrogatorio en un proceso civil, o se niega a exhibir un documento y el tener la conducta de la parte como un indicio en otros casos.

#### **2.2.3.3. Poder de documentación o investigación**

O sea, decretar y practicar pruebas, que en ocasiones va unido al anterior, como sucede en las inspecciones o reconocimientos judiciales cuando hay oposición de hecho.

#### **2.2.3.4. Poder de ejecución**

Se relaciona con el poder de coerción, pero tiene su propio sentido, pues si bien implica el ejercicio de coacción y aun de la fuerza contra una persona, no persigue facilitar el proceso, sino imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que éste se derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor y al cual la ley le asigne ese mérito. Cuando se trata de lo primero, se refiere al

poder de ejecutar lo juzgado y de hacer cumplir sus decisiones, que es el *imperium* de la concepción clásica. Es indispensable, porque de nada serviría el proceso si obedecer lo resuelto dependiera de la buena voluntad del obligado.

Las resoluciones judiciales se deben cumplir una vez ejecutoriadas o en firme, salvo que en ellas se determine un plazo especial para hacerlo. Si se hace así, se tiene el caso de la ejecución voluntaria; pero si el deudor se niega a obedecerlas, el interesado recurre a los jueces para que por medio de la fuerza, si es necesario, impongan su cumplimiento.

#### **2.2.4. La jurisdicción arbitral**

Lo que es conocido no solo por los profesionales o conocedores del derecho sino también por el público en general, es que las respuesta a los casos en particular por parte de la justicia en el Perú se administra de manera extremadamente dilatada. Sean cual fueran las causas de esta dilación el arbitraje no se instituye para suplir en su totalidad la actividad judicial como reacción a aquello.

«La circunstancia de pactar un arbitraje excluye toda forma de jurisdicción oficial; no hay manera de ir a la justicia ordinaria (salvo el supuesto de anulación de laudo); las partes se deben someter al laudo que establezca el tribunal arbitral» (Rodríguez, 2007: 381).

La función jurisdiccional entendida como ese poder-deber como ya hemos visto anteriormente lo ejercita el Estado, para ello «goza de diversos poderes, como la notio, vocatio, la iudicio, la coertio y la executio» poderes que debemos tener muy en cuenta que «no se encuentran en su totalidad en la actividad que puedan desarrollar los árbitros» (Ledesma, 2009: 51).

Vidal (2003: 34) con respecto a esto afirma:

- a. La función jurisdiccional corresponde al Estado y por tanto es una función pública, mientras que el arbitraje es privado;
- b. Los magistrados reciben nombramiento a nombre de la Nación, en el Perú por el Consejo Nacional de la Magistratura, integran órganos jerarquizados y tiene permanencia en la función, mientras que los árbitros son nombrados por las mismas partes que entran en conflicto o por la



- institución arbitral a la que se le encargará el nombramiento;
- c. Los magistrados están obligados a resolver conforme a derecho, mientras que los árbitros pueden hacerlo con arreglo a derecho o a su leal saber y entender, en el caso que el arbitraje no sea de derecho sino de conciencia;
  - d. Los magistrados están dotados, además de la *notio* (facultad de conocer el conflicto planteado), de la *vocatio* (facultad de ordenar la comparecencia de las partes y de seguir el proceso en rebeldía de una de ellas) y de la *iuditio* (facultad de resolver mediante una sentencia), tienen también la *coertio* y la *executio* (que vienen a ser las facultades coercitivas y de ejecución de los fallos) de las que no gozan los árbitros, quienes solo gozan de la *notio*, la *vocatio* y la *iudicium*, que tiene su expresión en el laudo.

De esta manera, a la vez lo señala Gonzales Ojeda negando el carácter de jurisdicción al fuero arbitral, señalando en el segundo punto del fundamento de la sentencia recaída en el Exp. 6167-2005-PHC/TC, que «la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión de *ius imperium* mediante la cual solo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquéllos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho».

Si bien la Constitución explícitamente establece sobre la función jurisdiccional en la actividad arbitral, para Ledesma (2009: 51) esto se debe entender como una expresión de «competencia objetiva» en el sentido que «puede ser dispuesta por los particulares cuando se trate de materias disponibles, a fin que sean de conocimiento por jueces privados». Es por esto que la misma autora nos señala lo siguiente:

No hay que confundir función jurisdiccional con jurisdicción, entendida esta última como sinónimo de competencia en atención a la especialización que el desarrollo de las funciones requiere. El propio mandato constitucional es claro en afirmar la unidad y exclusividad de la “función jurisdiccional”, pero no de la jurisdicción, pues ella está repartida como expresión de competencia en los diversos ámbitos especializados del ejercicio del poder».

Por eso, «el arbitraje debe convivir con la justicia ordinaria, pero para que esta convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos mecanismos» a la vez los árbitros «deben comprender las limitaciones que les impone su origen convivencial, la falta de *imperium* y el orden público, hacen necesario que los jueces compartan la idea del arbitraje como sistema que coopera en la solución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo» (Rodríguez, 2007: 382).

El arbitraje no es una expresión de función jurisdiccional, sino una actividad regida por el principio de autonomía de voluntades y que la referencia a ella se encuentra en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, donde se afirma que esta debe ser calificada como un tema de competencia y no de actividad jurisdiccional.

La materia objeto de la controversia es otro referente para cuestionar la función jurisdiccional de los árbitros, pues como lo establece el artículo 2 del D. Leg. 1071:

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

«La ley excluye del conocimiento de los árbitros todos los asuntos de orden público o que interesan a la sociedad o que salgan del marco estricto del derecho privado. Vemos que la actividad y capacidad de los árbitros es limitada, en tanto que la de los jueces es amplia, absoluta e ilimitada en principio» (Ledesma, 2009: 44) teniendo en cuenta y «aceptando también sus propias limitaciones como son la de no intervenir en materias sometidas a arbitraje» (Caivano, 2000, citado por Rodríguez, 2007: 382)

De la misma manera con respecto a que los árbitros no ejercen función jurisdiccional Ledesma (2009: 44) nos cita a Lascano (1941) que expresa lo siguiente:

1. El Estado considera la función jurisdiccional como propia de su soberanía, y siendo así, no puede ser compartida por los particulares;
2. porque el reducir la materia objeto de la actividad de los árbitros, quita ésta a todo carácter jurisdiccional, puesto que es la esencia de la jurisdicción ser amplia e ilimitada como la soberanía de que emana;

3. porque no conoce a los árbitros las facultades o poderes indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional; y
4. porque considera al arbitraje como un asunto exclusivamente privado, no admitiendo en ningún momento carácter público al árbitro ni a los actos de éste.

Quiroga León (1987) quien es citado por Puglianini (2012: 208) señala lo siguiente:

Que en puridad no es una jurisdicción distinta del Poder Judicial, sino una forma anterior de composición de litigios (heterocomposición no procesalizada), constreñida sólo a una serie de acciones patrimoniales y no a toda la posibilidad de conflictos judiciales y que, finalmente, siempre han de estar bajo control de la tutela judicial efectiva. El arbitraje es una forma de solución de conflictos interpartes, que la ley no solo no recusa, sino que alienta en la medida de las posibilidades, pues denota aún la existencia de lazos de composición que han de evitar no el acceso a la tutela judicial efectiva, sino a su costo personal, patrimonial y estatal.

De la misma manera el mencionado autor nos cita a Lohmann (1993):

La razón de tutela es distinta. En el arbitraje se tutela la voluntad de las partes que quieren someterse a la decisión de árbitros contenida en el laudo; en cambio, al tutelar una sentencia se respalda la *juris-dicto* estatal pronunciada a pedido de una sola parte. La hermenéutica, en síntesis, obliga a no identificar el poder delegado por las partes para decidir en sus asuntos privados que las partes confieren excepcionalmente al árbitro y sometimiento voluntario a lo que decida, con la potestad legal que la Constitución y la Ley del Poder Judicial confiere al Juez.

En la misma línea es citado Rubio (2007) (Puglianini, 2012: 214):

En un caso estamos ante una esfera privada a la que se llega para resolver una controversia determinada por libre acuerdo de las partes, mientras que en el otro caso estamos ante una jurisdicción estática que tiene la función de impartir justicia por mandato constitucional a toda la sociedad.

De esta manera, advertimos que «el arbitraje no puede constituir una expresión o modalidad de la jurisdicción, ya que su configuración contiene una renuncia

a la misma y además porque el árbitro no desempeña funciones públicas, en todo caso, si fuera así se estaría quebrando el principio fundamental de la unidad de jurisdicción» (Rodríguez, 2007: 383).

Por otro lado Palacios (2009: 248) nos dice que «los árbitros ejercen estas funciones indirectamente, recurriendo a los jueces ordinarios para que, en un acto de colaboración, impongan su fuerza coercitiva», a la vez lo lleva a concluir que «el arbitraje es jurisdiccional, no solo porque lo diga la Constitución, sino porque en sí mismo contiene todos los elementos de la jurisdicción». Y si es jurisdicción éste deberá «respetar el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva», dejando en claro que la aceptación de lo último «no implica la judicialización del arbitraje».

A nuestro criterio, si le restamos los elementos característicos que determinen al arbitraje como jurisdicción caeríamos en la peligrosa exclusión de lo que atañe a la jurisdicción propiamente dicha, que es la de garantizar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, y podríamos equivocarnos al creer la particularidad del arbitraje con la independencia normativa y de sus principios, al pasar por alto muchos los derechos más básicos y fundamentales de quienes se encuentran inmersos en un proceso arbitral, y que podría justificar su alejamiento de estos por su carácter especial, netamente patrimonial, alternativo y nacido de la voluntad de las partes para la solución de los conflictos. Si para lograr el pleno reconocimiento de las garantías procesales fundamentales resguardados en el ejercicio de la función jurisdiccional, habrá de considerarse jurisdicción, jurisdicción parcial o jurisdicción restringida en el que permita su acercamiento y reconocimiento que las garantías constitucionales en materia procesal no le es ajena y deberá ajustarse totalmente a ellas e impedir cualquiera forma de vulneración o inobservancia.

### **2.3. La Tutela Jurisdiccional Efectiva**

No solamente es un derecho procesal y un derecho constitucional, sino que es esencialmente un derecho humano, un derecho fundamental. Hay quienes como Cappelletti y Harth (1883) citados por Ticona (1999: 28) sostienen que el acceso a la justicia es el más importante de los derechos humanos, cuando nos dice:

Claro está que el reconocimiento de la importancia del acceso efectivo a la justicia no tendría sentido si no se proporcionasen los medios legales para que los derechos puedan ser ejercidos prácticamente. De ahí que deba tenerse al acceso a la justicia como el principal en un moderno e igualitario sistema legal que tenga por objetivo garantizar, y no simplemente proclamar el derecho de todos.

El acceso a la justicia, esto es, la verificación del derecho a la tutela judicial efectiva a través de un debido proceso legal, es ahora considerado no solo como un derecho constitucional, sino también como un derecho fundamental, como uno de los derechos humanos básicos exigibles al Estado moderno de Derecho (Quiroga, 2003: 37).

### **2.3.1. El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva**

En el sistema universal de protección internacional de los derechos humanos existe expresa normatividad que reconoce este derecho fundamental y establece mecanismos procesales para su efectivización, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece lo siguiente:

Art. 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

De la misma manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece lo siguiente:

Art. 14, inciso 1.- Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Lo propio establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica:

Art. 8 inciso 1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El derecho a la tutela jurisdiccional están reconocidos por nuestra Constitución de 1993, con el siguiente texto:

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

(...)

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

Ninguna persona puede ser privada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...)

Por otro lado, nuestro Código Procesal Civil, en el Título Preliminar, también reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso:

Art. I.- Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva:

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

Como ha quedado plenamente establecido en la doctrina, la jurisdicción, es un deber del Estado. Y como correlato a este deber se encuentra el derecho que tiene toda persona a la jurisdiccional efectiva, siendo así que es factible ubicar este derecho antes y durante el proceso. En el primer caso, el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso consiste en aquello que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad, de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un

proceso judicial en condiciones satisfactorias. Resulta absolutamente irrelevante si esa estructura material o jurídica que debe sostener el Estado va a ser usada o no. Lo trascendente es, única y exclusivamente, que ese andamiaje destinado a solucionar conflictos aplicando el derecho que corresponde al caso concreto debe estar siempre en aptitud de conceder a los ciudadanos la posibilidad un tratamiento certero, eficaz y homogéneo a su exigencia de justicia (Monroy citado por Ticona, 1999: 35).

En el mismo sentido, Bidart Campos (1969) citado por Ticona (1999: 35) afirma la existencia del derecho a la tutela jurisdiccional antes del procesos, como una etapa previa al proceso cuando expresa que el derecho a la jurisdicción es un supuesto de la actividad procesal que, en su primera etapa, aparece como previo al proceso, pero que, no agotándose con el acceso al órgano judicial se desenvuelve al hilo del proceso hasta la sentencia firma.

Por esta razón «el derecho del justiciable a un proceso judicial justo, equitativo, imparcial, ante su juez natural y dentro de los plazos razonables, deja de ser un problema meramente procesal o del legislador ordinario o del mero operador jurídico para ingresar dentro del campo de los derechos fundamentales de la persona». La principal prueba de aquello lo constituye el «proceso paralelo que han sufrido estos mínimos procesales, pues a la par de haberse ido consagrando en el texto constitucional, han sido también positivizados en las Cartas internacionales relativas a los derechos fundamentales [...] han ingresado calladamente pero paulatinamente en el ámbito de los derechos humanos, tanto en América como en Europa, y en los Pactos Internacionales de validez universal» (Quiroga, 2003: 39)

En el segundo caso, el derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso consiste en el derecho que tiene toda persona de acceder a un proceso, a un juicio previo, con garantías mínimas que aseguren un juzgamiento imparcial y justo. El derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso se puede desdoblar, teniendo en cuenta su contenido y momento de su exigibilidad, en derecho al proceso y derecho en el proceso. El primero es el derecho a juicio previo y, el segundo, es el denominado derecho al debido proceso legal o *due process of law* o proceso justo (Ticona, 1999: 36).

De esta manera cuando el juez, en forma arbitraria e ilegal, rechaza liminarmente una demanda, evidentemente está vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional, en su modalidad de derecho al proceso. En cambio, cuando el juez sin motivo razonable, niega la oportunidad probatoria a cualquiera de las partes, está lesionando el derecho a la tutela jurisdiccional, en su modalidad de derecho en el proceso (Ticona, 1999: 36)

### **2.3.2. Características**

Las características, según Ticona (1999.39) consisten en las siguientes: es un derecho fundamental público, público, subjetivo, abstracto; es un derecho de configuración legal y un derecho de contenido material y no puramente nominal. Veremos cada uno de ello según lo desarrollado por el referido autor:

#### **1. Es un derecho fundamental:**

El derecho a la tutela jurisdiccional se configura como la garantía de que las pretensiones y los medios de defensa de las partes que interviene en un proceso, serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables. Y siendo un derecho fundamental, tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales respuesta (seria, plena, razonada, cabalmente motivada) a las pretensiones y defensas planteadas y no manifiestamente arbitrarias, o irrazonables.

Este derecho está reconocido como derecho fundamental por nuestra Constitución, tal como vimos anteriormente, el Estado lo reconoce como parte de nuestro sistema jurídico a través de los tratados y convenciones ya precisados. Las normas reguladoras de este derecho, como las reguladoras de los demás derechos fundamentales, deben interpretarse y aplicarse en congruencia, dentro del contexto y conforme a la normatividad contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros dispositivos normativos internacionales de los cuales el Estado peruano es parte y, de consiguiente, su normatividad es de plena vigencia y aplicación en nuestro país.

Es un derecho fundamental, en consecuencia, porque es inherente a la con-



dición de persona que tiene todo ser humano. Así como toda persona tiene derecho a la vida, a la dignidad, al honor, a la libertad, también tiene derecho a un sistema judicial independiente, con un mínimo de garantías que le aseguren un juzgamiento justo e imparcial. Como derecho fundamental, tiene en nuestro sistema jurídico, protección jurisdiccional, mediante el ejercicio del amparo constitucional, cuando se ha vulnerado o se amenace en forma inminente este derecho a la tutela jurisdiccional.

**2. Es un derecho público:**

El derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho público porque la persona lo puede hacer efectivo o lo hace efectivo en contra o frente al Estado, el cual tiene deber de la prestación de la actividad jurisdiccional con las garantías mínimas ya referidas. Este derecho se ejercita para que el Estado, a través del órganos jurisdiccional competente, cumpla un servicio o función pública, como es la de administrar justicia para el caso concreto en donde se solicita su intervención

**3. Es un derecho subjetivo:**

Este derecho fundamental es de carácter subjetivo porque corresponde a todo sujeto de derecho, a toda persona (incluso al concebido, para que se hagan valer los derechos que le favorezcan), sea persona natural o jurídica, sea persona nacional o extranjera, persona capaz o incapaz; asimismo, no interesa que se trate de personas de derecho público o de derecho privado.

**4. Es un derecho abstracto:**

Tiene el goce y, en su caso, el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional todo aquel que tenga necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales, sin que sea relevante probar previamente ser titular del derecho sustantivo que invoca en su demanda. Es suficiente encontrarse en estado de necesidad de tutela jurisdiccional, es decir, que basta invocar interés para obrar o interés procesal. En este sentido nuestro Código en su Título Preliminar (art. IV, primer párrafo) regula el principio de iniciativa de parte de la siguiente forma:

El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador de oficio ni quien defiende intereses difusos.

#### **5. Es un derecho de configuración legal:**

El derecho a la tutela jurisdiccional no es un derecho absoluto, sino que es de carácter relativo, como todos los derechos subjetivos. El ejercicio de este derecho debe hacerse, conforme a los requisitos, formas y condiciones razonables que el legislador, mediante ley ordinaria, las establezca expresa e inequívocamente; en virtud a ello es que se afirma que es un derecho de configuración legal.

Significa entonces que el ejercicio de este derecho fundamental durante el proceso importa que tanto el actor como el demandado formulen sus pretensiones y sus medios de defensa que les concierne en la oportunidad legal correspondiente, bajo los requisitos y formas preestablecidas por la ley, que sus demás pedidos y ejercicio de derechos y facultades procesales también deben hacerse dentro de los plazos y con los requisitos de fondo y de forma señalados por el ordenamiento procesal vigente.

Por otro lado, si la norma procesal específica precisa los casos en que razonablemente el proceso debe concluirse, o suprimirse ciertas fases ordinarias o impedir su iniciación, ello no significa lesión a este derecho fundamental que analizamos.

En este sentido, consideramos que no hay en forma alguna, infracción al derecho de tutela jurisdiccional cuando, por ejemplo, nuestro Código Procesal Civil faculta al juez para rechazar liminarmente la demanda bajo las causales expresas previstas en sus art. 426 y 427, pues, resulta razonable que si manifiestamente falta un requisito de fondo a la demanda, ésta es improcedente y así el juez deba declararla mediante la correspondiente resolución suficientemente motivada.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español al respecto: «Los requisitos procesales cumplen su papel de ordenar el proceso y de conseguir

la seguridad a través de la legalidad, sin que puedan ser entendidos como obstáculos para impedir o dificultar el acceso a la justicia. Por el contrario, los mismos deben ser interpuestos en el sentido más favorable para tal acceso, sin que ello suponga dejar su cumplimiento al arbitrio de las partes».

6. **Es un derecho de contenido material y no puramente nominal:** Esta característica nos indica que cuando se afirme la lesión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, se pruebe que tal lesión se ha producido en forma real, material y efectiva. Si no se ha producido realmente indefensión no hay vulneración de este derecho fundamental. En este sentido, para evaluar es necesario tener en cuenta los principios que morigeran o excluyen las nulidades procesales, tales como la convalidación, la subsanación, la integración judicial, etc. En consecuencia no hay infracción a las normas que protegen este derecho fundamental, si el justiciable ha procedido en el proceso como si hubiese tenido conocimiento oportuno de la resolución cuyo contenido se ha omitido notificarlo (art. 172); tampoco hay lesión a este derecho si el reclamante ha propiciado, producido o permitido el vicio procesal que sustenta su reclamo (art. 175 inc. 1).

En resumen, no es suficiente lo formal y aparente lesión de este derecho humano, sino que necesariamente debe haberse producido verdadera y materialmente, perjudicando gravemente el derecho de acción del actor, o el derecho de contradicción del demandado o, en su caso, el derecho al debido proceso de cualquiera de los litigantes.

Por lo demás, en caso de duda sobre la interpretación de las normas aplicables al caso concreto, debe estarse a la interpretación más adecuada y conducente a la preservación del derecho a la tutela jurisdiccional y del debido proceso.

## **2.4. El debido proceso**

Así como no resulta imaginable una forma procedimental que no contenga criterios esenciales como la acción o la jurisdicción, tampoco debe permitir el Derecho

la existencia de un procedimiento que no contenga los elementos mínimos que configuran el debido proceso (Bernardis, 1995: 387).

Sin duda para analizar el concepto de debido proceso es menester remontarnos en la historia, ya que como otros presupuestos tienen su raigambre en la preceptuado por la Carta Magna de 1215 (capítulo 39) donde se reconoce el derecho de los barones normandos frente a Juan Sin Tierra a no padecer arresto o privación y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio de sus pares y mediante el debido proceso legal (Edda, 2006: 139)

Sección 39:

Ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país (*law of the land*).

La frase *law of the land* constituye el antecedente directo del concepto *due process of law*, que tiene un alcance tanto sustantivo como adjetivo. Su nacimiento tuvo el significado de una manifestación contra la opresión.

El principio señalado garantizaba la libertad personal y el derecho de propiedad, iba contra los actos de arbitrariedad, desposesión e ilegalidad que hasta entonces el Rey había consentido. Por lo que la Carta Magna inglesa fue el pilar de las futuras constituciones, fundamentalmente pasa a las colonias inglesas en América e incorpora aquí el concepto de debido proceso, luego de la sanción de la Constitución americana de 1776 (enmienda V primero y luego en la enmienda XIV) a instancias de James Madison donde reconoce que: «a nadie se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso». La idea originaria que tuvo el debido proceso fue, sin duda, la limitación del poder, pues el principio de legalidad le otorgaba un principio de supremacía a las cámaras legislativas para subordinar las acciones del gobierno y de los juicios bajo el imperio de la ley y por ende el «debido proceso» no podía ser otro que el construido por las leyes (Oteiza, 2003: 6; Edda, 2006: 140).

Lawrence Tiber (1988) citado por Oteiza (2003: 7) explica que «es posible justificar la idea de debido proceso como un valor intrínseco, ya que confiere a los

individuo o grupos contra los cuales las decisiones gubernamentales operan la chance de participar en el proceso en el cual esas decisiones son tomadas; esa oportunidad significa un reconocimiento de la dignidad de las personas que participan de dicho proceso. El debate procesal representa un valor de interacción humana en el cual la persona afectada experimenta al menos la satisfacción de participar en la decisión que vitalmente le concierne y la expectativa de recibir una explicación de las razones sobre la decisión que la afecta».

La falta de nominación o explícita referencia al término «debido proceso» en nuestro ordenamiento jurídico fue hasta 1992 que fue subsanada por primera vez por la Ley Orgánica del Poder Judicial, como texto legal pionero y visionario de este concepto, cuyo artículo 7 consagró textualmente el derecho al debido proceso legal y a la tutela judicial efectiva con la siguiente redacción (Quiroga, 2003: 49):

Art. 7.- En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.

Es deber del Estado facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito.

Fue que posteriormente la Constitución Política del Estado de 1993 la que avanzó con esta denominación a nivel expreso, como ya hemos hecho referencia más arriba.

Con esto deja en claro que «corresponde prioritariamente al Estado la preocupación que el proceso se desarrolle dentro de los cánones constitucionales y legales a fin de tutelar su propia permanencia y seguridad jurídica» (Sanguino, 2003: 262).

El ejercicio del poder del Estado en la administración de justicia, no puede ser objeto de delegación o desinterés del mismo; el proceso legal solo debe desarrollarse por el órgano jurisdiccional del Estado. El arbitraje, como procedimiento que las personas entregan a los particulares para dirimir una litis, siempre y cuando las controversias sometidas a la decisión arbitral no afecten el orden público, constituye una excepción a este presupuesto»; pues al decir de Patricio Aylwin citado por Sanguino (2003: 263) «si una persona, por actos de propia voluntad puede renun-

ciar un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza y si en el hecho los dos litigantes así lo hace y, en ejercicio de su libertad de contratar acuerdan someter la controversia que les divide el fallo de un individuo cualquiera, por ellos elegido, no hay motivo alguno para que el poder público desconozca la ley de ese contrato».

Resulta inobjetable que el Estado para la preservación de la tutela jurídica de un debido proceso, consagre en sus nombras fundamentales los principios generales que regulan los diferentes procesos, la organización de la rama judicial, las funciones jurisdiccionales, la permanencia de la administración de justicia, la intervención en las universidades para la organización de la carrera de derecho.

Estos mecanismos constitucionales permitirán asegurarle al Estado que los procesos sometidos a su jurisdicción, se desarrollen dentro de los principios de su organización política y jurídica, con prevalencia en las defensas de los intereses colectivos frente a los intereses individuales.

#### **2.4.1. Definición**

Como lo menciona Sosa (2003: 5) «el debido proceso es una institución importante, pero a la vez muy compleja. Sobre ella, tal vez en lo único que todos podríamos estar de acuerdo es que se trata de una garantía importante que impide la arbitrariedad en todo espacio en el que se decidan derecho o intereses jurídicamente relevantes. Adicionalmente, podríamos ponernos de acuerdo en algunos de sus contenidos básicos (distinguiendo el proceso del que se trate), pero es difícil ir mucho más allá». Pero pese a las cuestiones que traen consigo controversia y desacuerdo entre diferentes autores y «sin terminar de discutir sobre sus contenidos y alcances últimos, convenimos en que algunos derechos, garantías o principios del debido proceso son imprescindibles para que un proceso sea considerado justo».

El debido proceso es «el derecho a la justicia mediante un procedimiento que no se agota en el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas, sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión

judicial que ponga fin a los conflictos y situaciones de incertidumbre, evitando dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso una dispensiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional» (Edda, 2006: 140).

Así Ticona (1999: 66):

El debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción) es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que la faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues, el Estado no solo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial.

En sentido estricto el debido proceso no comprende el acceso a la justicia (derecho a la tutela jurisdiccional antes de proceso) ni el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales, pues todos estos aspectos están comprendidos dentro del derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva.

Llamamos proceso debido a aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del juez natural.

Como sostiene Bernardis (1995: 138) «el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción, que puedan, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso se desarrolle pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que éste debe llevarle».

## 2.4.2. Características

Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional (Landa 2010: 270), afirma lo siguiente:

Como este colegiado ha tenido la oportunidad de señalar mediante uniforme y reiterada jurisprudencia, el debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.) sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos, se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal sino también sustantivo. Corresponde, por tanto, a este Colegiado emitir pronunciamiento respecto de ambos extremos invocados (STC 03075-2006-AA, f.4).

Dentro de las características principales del derecho al debido proceso cabe destacar las siguientes:

- a. *Es un derecho de efectividad inmediata.* Es aplicable directamente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, no pudiendo entenderse en el sentido de que su contenido se encuentra supeditado a la arbitraria voluntad del legislador, sino a un razonable desarrollo de los mandatos constitucionales.



- b. *Es un derecho de configuración legal.* En la delimitación concreta del contenido constitucional protegido es preciso tomar en consideración lo establecido en la respectiva ley.

Al respecto, el Tribunal ha sostenido en la precipitada sentencia que los derechos fundamentales cuya configuración requiere de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de gobernabilidad y fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se trate de derecho “en blanco”, sino que la capacidad configuradora del legislador se encuentra orientada por su contenido esencial, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales (STC 1417-2005-AA/TC, f.12).

- c. *Es un derecho de contenido complejo.* No posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución. AL respecto, el contenido del derecho al debido proceso no puede ser interpretado formalistamente, de forma que el haz de derecho y garantías que comprende, para ser válidos, no deben afectar la prelación de otros bienes constitucionales». (STC 00023-2005-AI, f.47)

#### **2.4.2.1. Debido proceso formal y sustantivo**

Es pertinente precisar que desde el punto de vista de los supuestos impugnatorios posibles, pueden darse hasta dos situaciones:

1. Que lo que se cuestione sea el procedimiento utilizando para adoptar la decisión.
2. Que se cuestione directamente el fondo de la decisión adoptada.

Mientras que en el primer supuesto, se trata de una evaluación configurada desde la óptica del debido proceso formal o procedimental, en el segundo supuesto, es más bien el caso de una evaluación proyectada desde la óptica del debido proceso material o sustantivo.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional el debido proceso es un derecho que «comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal y que, en ese sentido, se trata de un derecho, por así decirlo, “continente”. En efecto, su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos». (STC 07289-2005-AA, f.5)

En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer.

«El debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos del juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar plazo razonable, etc.» (STC 07289-2005-AA, f.3)

«El debido proceso no solo se manifiesta en una dimensión adjetiva –que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales–, sino también en una dimensión sustantiva –que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular–. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no deviene en arbitrarios». (STC 3421-2005-HC, f.5)

Debe también tenerse en cuenta que la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no solo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no solo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes.

El debido proceso sustantivo tiene un nexo íntimo con el debido proceso formal (algunos le llaman debido proceso adjetivo), pues no solamente debe exigirse que el Estado provea, en concreto un juzgamiento imparcial y justo, ante órgano jurisdiccional competente, responsable e independiente, sino que necesariamente tal juzgamiento debe hacerse conforme a normas procesales que sean razonables, pues deben otorgar, en abstracto, la posibilidad de defensa, de debido emplazamiento, de prueba, de sentencia motivada, etc.

Mientras que el proceso formal (o procesal) exige al juzgador un mínimo de garantías para un juzgamiento imparcial, que sea razonable en el desenvolvimiento y actuación dentro del proceso, el debido proceso sustantivo exige que el legislador y aún el órgano administrativo, sea razonable en la expedición de las normas constitucionales y legales, así como en su caso, de normas de menor jerarquía como decretos, resoluciones; estableciendo una proporción o razonabilidad entre el presupuesto de la norma y la consecuencia de la misma (prestación o sanción, exige al mismo ejecutivo que sea razonable en la expedición de decretos y reglamentaciones de la ley, es decir, que el debido proceso formal concierne al juzgador (razonabilidad en la actividad procesal y sentencia) en tanto que el debido proceso sustantivo compete al legislador (razonabilidad en la formulación de mandato abstracto), pero en ambos casos, como denominador común, se exige razonabilidad (Ticona, 1999: 71).

Como lo menciona Guitiérrez Camacho citado por Ticona (1999: 71) el debido proceso sustantivo se refiere a que los actos de poder sean estas sentencias, actos administrativos o normas, han de ser valiosos en sí mismos, es decir razonables o que guarden relación con el repertorio de valores que consagra la Constitución. El concepto de razonabilidad descansa en la premisa de que el derecho es un

sistema, una estructura y como tal todas sus partes deben estar en sintonía, en una relación de autodependencia. Todo sistema reclama una lógica, un sentido, una direccionalidad a la que se enderazan todas sus partes; pues bien, respetar el principio de razonabilidad sugiere que no se transgreda ese sentido, esa lógica, ni en lo formal ni en lo sustancial. Se trasgrede en lo formal cuando no se respeta el principio de supremacía constitucional o cuando no se sigue el procedimiento preestablecido para la producción de normas. Se altera en lo sustancial cuando el contenido material de los actos de poder se encuentran divorciados con el repertorio mínimo de valores que consagra la Constitución; deviene entonces, ese acto en injusto.

### **2.4.3. Debido proceso y tutela judicial efectiva**

La diferencia entre uno y otro es expuesto por Palacios (2009: 249) afirmándonos que «el debido proceso ocurre durante el desenvolvimiento del proceso judicial, mientras que la tutela judicial se manifiesta en el acceso a órganos jurisdiccionales y en el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales», el mismo nos señala al Tribunal Constitucional (Exp. 8125-2005-HC) que:

Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas exigibles dentro del proceso como un instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

Es así que, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para Palacios (2009: 250) comprende «(i) el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales; (ii) el derecho a un proceso con garantías mínimas; (iii) el derecho a una resolución fundada en derecho; y (iv) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales».

Como nos lo menciona Landa (2010: 268-269), tal y como viene definida en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, la tutela procesal efectiva es aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan de modo enunciativo sus

derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

El derecho a la tutela procesal efectiva comprende tanto el derecho de acceso a la justicia como el derecho al debido proceso. Asimismo, tiene un plano formal y otro sustantivo o sustancial. El primero se refiere a todas las garantías del procedimiento, de tal forma que en el presente caso deberá analizarse si el procedimiento de vacancia, en tanto restrictivo de derechos, fue realizado respetando todas las garantías del debido proceso. El segundo se refiere al análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada de tal forma que deberá analizarse la relación existente entre la sanción impuesta y la conducta imputada. (STC 5396-2005-AA, f.8)

Este derecho se encuentra contenido en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución, en cuanto establece que “son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Mediante ambos derechos se persigue garantizar que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos, la solución de un conflicto jurídico o la aclaración de una incertidumbre jurídica sea atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Asimismo, estos derechos poseen un contenido complejo (pues se encuentran conformados por un conglomerado de mecanismos que no son fácilmente identificables) que no se limita a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 139, el segundo párrafo del artículo 103 u otras disposiciones de la Constitución, sino también a aquellos de-

rechos que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad y que se deriven del principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 3 de la Constitución)». (STC 00023-2005-AI, f.41, 42).

De las declaraciones del Tribunal Constitucional es posible concluir que la tutela jurisdiccional y el debido proceso como derechos fundamentales se configurarían en etapas distintas del procesamiento. La primera está destinada a asegurar el inicio y fin del procesamiento, a través del acceso a la justicia y la ejecución de la decisión; mientras que el segundo está llamado a proteger el desarrollo del procesamiento mismo. De esta forma, según Castillo (2010: 16) el proceso como mecanismo de solución de conflictos entre las personas tendría tres etapas:

1. El acceso al procesamiento, típicamente el derecho de acceso a la justicia;
2. El procesamiento en sí mismo considerado, que iría desde la etapa procesal inmediatamente siguiente al acceso y terminaría con la dación de la sentencia o decisión definitiva;
3. El aseguramiento del cumplimiento de la decisión obtenida a través del aseguramiento de su ejecución.

De la misma manera lo expresa el Tribunal Constitucional (Exp. 09727-2005-PHC/TC; 06.10.2006: f. 7) en el artículo 139.3 de la Constitución se ha establecido como un derecho relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional, «la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional». Sobre esta ha dicho el Tribunal Constitucional que «supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia», mientras que sobre el debido proceso ha manifestado que «significa la observancia de los principio y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos».

El acceso y la ejecución no conformarían parte del proceso, sino de la tutela procesal efectiva. Sin embargo, a este modo estrecho de entender lo que es el proceso, puede oponérsele un modo amplio, a través del cual este no estaría constituido solo por el procesamiento en sí mismo considerado, sino también por el inicio del proceso y por la ejecución de lo decidido (Castillo, 2010: 16).

De esta manera, cuando el constituyente hace referencia como derecho relacionado a la función jurisdiccional, tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva, está aludiendo a aspectos distintos y complementarios de una misma realidad: el proceso entendido en sentido amplio (Castillo, 2010: 17). Con la expresión «debido proceso» estaría refiriéndose a la dimensión dinámica y subjetiva del proceso, mientras que con la expresión tutela procesal efectiva aludiría a la dimensión estática y objetiva del mismo. Por eso es que se acierta cuando se afirma que «entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación» (Monroy, 2007: 459-460).

En la presente investigación, nos vamos a detener en unos de los principales elementos del debido proceso que es de la pluralidad de las instancias, dejando las demás facetas o principios del debido proceso para ser más rigurosos en su tratamiento, lo que nos llevará a cumplir con el objetivo general que es la de verificar la presencia de una vulneración a este principio mencionado. En la sección correspondiente hablaremos no solo de la pluralidad de las instancias sino de la instancia única, sus diferencias y similitudes.

#### **2.4.4. Elementos del debido proceso**

No existe un consenso y unidad de criterio sobre cuáles son los elementos del debido proceso procesal, proponiéndose elementos desde la óptica del proceso civil, del proceso penal, y aún del proceso administrativo.

Según la opinión de Arturo Huyos, Abad Yupanqui, Bidart Campos, Morales Godo (1994), Couture, Fix Zamudio (1986), Chacón Corado (1987) citados por Ticona (1999: 72-76) los elementos son los que desarrollaremos a continuación.

Para Hoyos los elementos del debido proceso son: a) la regulación legal de los procesos y su desarrollo sin dilaciones, b) el derecho a ser oído, c) tribunal competente, predeterminado, independiente e imparcial, d) contradicción y bilate-

ralidad: oportunidad de tomar posición y pronunciarse sobre las pretensiones del actor y las manifestaciones del actor y las manifestaciones de la parte contraria, e) el derecho de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez, f) la facultad de hacer uso de medios impugnatorios previsto en la ley contra resoluciones judiciales motivadas; g) respecto a la cosa juzgada.

El profesor Abad Yupanqui entiende que los elementos mínimos que el derecho al debido proceso de comprender son: a) debido emplazamiento o noticia al demandado; b) que se conceda a las partes una razonable oportunidad de comparecer, de ser oídas y de exponer sus derechos; c) que se reconozca a las partes una razonable oportunidad de ofrecer y actuar pruebas, a fin de que acrediten la verosimilitud de las pretensiones que alegan; d) que la causa sea resuelta por órgano jurisdiccional permanente del Estado, legítimamente constituido e imparcial; e) que la causa sea resuelta dentro de un plazo razonable y de manera revocable.

El debido proceso legal para Bidar Campos significa que: a) ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por la ley; b) el procedimiento no puede ser cualquiera, sino que debe ser el debido; c) para ser el «debido» tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable para participar con utilidad en el proceso; d) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente o conocimiento de la causa y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia, ser oído.

Por otro lado, Morales Godo afirma que los principios que informan al debido proceso son: a) el juez natural; b) defensa en un proceso; c) duración del proceso; d) motivación de las resoluciones; e) pluralidad de la instancia.

Cuando se habla de elementos, se ha propuesto que para que un proceso pueda ser calificado como debido al satisfacer los requisitos del debido proceso, se requiere que el mismo proporcione al individuo la razonable posibilidad de exponer razones en su defensa, probar esas razones y esperar una sentencia fundada en derecho. Para ello es necesario que la persona sea debidamente notificada del inicio de alguna pretensión que afecte la esfera de sus intereses jurídicos, por lo que resulta trascendental el establecimiento de un sistema de notificaciones que



satisfaga tal requisito (Bernardis, 1995: 396).

Para Couture, hablando en sentido del proceso en general menciona que las garantías deberían ser: a) la acción y el derecho de petición; b) la excepción y el derecho de defensa en juicio; c) los actos procesales y el debido proceso; d) la sentencia y jurisdicción; y e) Constitución y Ley Orgánica del Poder Judicial. Para este autor, estos cinco elementos deben ser contemplados genéricamente en la Constitución como garantías para el proceso.

Esto nos lleva a creer que «indudablemente que el debido proceso tiene una complejidad, que no dificulta su definición, sino la determinación de sus elementos y facetas» (Ticona, 1999: 75). Además el debido proceso es un concepto aplicable al proceso civil, al proceso penal, al proceso arbitral, al ámbito administrativo.

A continuación desarrollaremos los principios que como vimos inmediatamente líneas arriba son elementos esenciales del debido proceso, desarrollaremos no solo lo que concierne a cada principio general sustantivo o procesal que tenga relación directa con los conceptos teóricos de esta investigación. De esta manera primero es necesario hablar de los principios generales en su generalidad, es decir, lo que caracteriza y diferencia a un principio de un derecho reconocido que forme parte del ordenamiento jurídico. Si bien las diferencias no dan lugar a que pueda confundirse una norma jurídica legal de un principio jurídico, es importante para nuestra confirmación hipotética alcanzar la claridad explicativa recurriendo a las relaciones entre cada una de ellas.

## **2.5. Los principios jurídicos o generales del derecho**

La característica de los principios según Aristóteles en su Metafísica es que «es común a todos los principios el ser punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce». Los derechos humanos naturales son «principios del Derecho» porque ellos son «punto de partida desde el que una cosa es, se hace o se conoce como jurídica», atento a que expresan la juridicidad primera o radical que permite construir, confirmar o invalidar cualquier otra juridicidad creada por los hombres. Los principios del Derecho, al enunciar los derechos fundamentales, nos

ponen en contacto con aquello que identificamos como propio y como debido por los otros, leyendo en nuestra propia naturaleza, y además, posibilita e insta a que la restante juridicidad que necesitamos para la vida social, se configure respetando aquel núcleo jurídico y, consecuentemente, garantizar su reconocimiento como verdadero Derecho al servicio del hombre (Vigo y Delgado, 1997: 117-118).

Perelman (1979) citado por Delgado y Vigo (1997: 118) aludiendo a los principios: «Su autoridad y su fuerza no derivan de una fuente escrita. Existen fuera de la forma que les dé el texto cuando éste se refiere a ellos. El juez los declara. Comprueba su existencia».

De esta manera los principios no son propiamente «creados» por actos humanos, sino que el hombre simplemente los reconoce y los declara prudentemente, y su marginamiento afecta la juridicidad que pide y debe ser consagrada como Derecho vigente. Para el iuspositivista «todo» lo jurídico es puesto por los hombres y vale porque ha sido puesto. En esta dialéctica lógica de contradicción no caben puntos intermedios, y la postulación fuerte de los principios implica desligarlos del decisionismo humano y, por ende, aceptar alguna versión iusnaturalista o metapositivista (Delgado y Vigo, 1997: 128-129).

Para Delgado y Vigo (1997: 114-115) su positivización es irrelevante, pues su existencia se infiere de la sola naturaleza humana:

Desde el momento que los derechos humanos corresponden a todo hombre por el solo hecho de ser hombre, el modo de alcanzar el conocimiento de los mismos no es otro que conociendo la misma naturaleza humana, por esa vía la razón está capacitada para transformar en forma de enunciado estimativo y deóntico las exigencias o inclinaciones inscriptas en la naturaleza humana. Cuando se niegan los derechos humanos naturales porque la historia revela que no siempre se los ha reconocido, como si los errores humanos en la resolución de los problemas matemáticos no demostrarían que las matemáticas no existen; o cuando no se advierte que los griegos apreciaron como un bien la libertad humana aunque no estuvieran dispuestos a reconocerla a favor de los esclavos porque no los veían estrictamente como humanos.

Los derechos humanos fundamentales no son «creados» por ninguna autoridad estatal o social, sino que simplemente corresponde que se los reconozca a

través del derecho positivo, pues su existencia deriva de la naturaleza humana. El hombre se presenta ante sus semejantes como titular de ciertos derechos o suyos cuyo título es ser simplemente miembro de la especie humana, y exige el respeto de los mismos dado que su violación compromete su misma humanidad.

Los principios jurídicos en un sentido estricto tienen por objeto aquellos bienes básicos o derechos humanos fundamentales, y consecuentemente, ellos implican las conductas que deben o no deben hacerse para garantizar el respeto de los mismos. La razón humana, de manera fácil e inmediata, está en condiciones de reconocer y formular aquellos principios de derecho o derechos humanos en la medida en que penetre en la naturaleza humana y la lea jurídicamente, o sea esclareciendo aquellos «suyos» o «atribuciones» que tienen en igualdad a todos los hombres.

F. de Castro (1984) citado por Arce (1990: 53) dotó a los principios generales de unas funciones mucho más amplias y trascendentes que la de mera supletoriedad, fundándose más bien en la propia naturaleza de los mismos que en la literalidad de la expresión legal. Según este autor «la eficacia de los principios generales es muy superior a la de una norma subsidiaria», y tiene asignada la triple función de ser «fundamento del orden jurídico» (eficacia derogatoria y directiva), «orientadores de la labor interpretativa» y «fuente en caso de insuficiencia de la ley y de la costumbre».

A la vez Díez-Picazo citado en palabras de Arce (1990: 55) en lo referente a los principios generales del Derecho, menciona que entre sus múltiples funciones, destacan por su condición de «informadores» del ordenamiento jurídico, faceta en la que sirven de directrices a las leyes. Su carácter informador es el que funda, normalmente, su función interpretativa, porque las leyes, si han de estar informadas por aquellos principios, han de ser interpretadas, en el momento de su aplicación, conforme a los mismos. Y funda igualmente su carácter derogatorio, tanto en relación a la ley que resulte inspirada en principios opuestos, como en situaciones en que, al aplicar la ley, resulte, por las especiales circunstancias que concurren, un resultado opuesto a los principios.

En cuanto a la función fundamentadora se puede afirmar que «reside una efica-

cia jurídica tal que no solo es directiva del ordenamiento jurídico, sino que también es invalidatoria o derogatoria de sus normas singulares» (Arce, 1990: 56). Porque los principios, cuando la norma se opone a ellos, puede originar «la condenación del ordenamiento jurídico por antijurídico», dado que «no son los principios generales consecuencia de las disposiciones legales; por el contrario, al informar los principios a las normas, son ellos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital» (F. de Castro, 1984; citado por Arce, 1990: 56).

La singular potencialidad de los principios generales puede derivarse del hecho de que, con independencia de su condición de fuente formal, son raíz o fundamento de donde deriva su validez intrínseca (racional) el contenido de las normas jurídicas particulares: «son fuente de las normas jurídicas particulares que los desenvuelven y aplican a situaciones específicas», según García Valdecasas (1974) citado por Arce (1990: 57).

Con respecto a las funciones de los principios, Torres Vásquez (2005: 54-56) menciona:

1. **Función creadora:** Los principios generales creativos señalan las pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogación de las normas. Los principios son los postulados éticos que informan, inspiran y orientan la actividad del órgano constituyente –legislador, ejecutivo, jurisdiccional– y demás órganos menores de producción jurídica, así como del Derecho consuetudinario.

En su función informadora del ordenamiento jurídico, los principios generales se encuentran fuera de la clasificación jerárquica de las fuentes formales del Derecho positivo, y se consideran como tales a las ideas fundamentales en las cuales se ha inspirado el creador de las normas jurídicas y, por tanto, constituyen la base que da validez al ordenamiento jurídico. Por ejemplo, cuando en el art. 2 inc. 3 de la Constitución establece que «toda persona tiene derecho: a la libertad... de religión», el principio general de la libertad religiosa del ser humano constituye la materia de dicho precepto constitucional.

Los principios generales se incorporan al ordenamiento jurídico a través de la actividad legislativa, ejecutiva, y jurisdiccional que origina la formación de las leyes, reglamentos y sentencias. Es decir, los principios generales van a formar parte de la materia o contenido de los preceptos normativos. De este modo, los principios generales quedan positivizados, convertidos en Derecho positivo.

2. **Función interpretativa:** Los principios generales son pautas o criterios de interpretación de las normas jurídicas. Así por ejemplo, el principio de interpretar los textos de acuerdo al fin perseguido por las partes, el principio de interpretación sistemática de un texto (ley, contrato, testamento, etc.).
3. **Función integradora (fuente formal de Derecho):** Los principios generales irrumpen en el movimiento codificador como un remedio ideal para llenar las lagunas del Derecho legislado.

El legislador no puede prever todas las peculiaridades, detalles, características o especificidades en la ley de los hechos sociales. No puede prever todos los casos que la vida social presenta, tampoco puede prever todos los casos que todavía no se han presentado, pero que se presentarán en un futuro próximo o lejano. Los principios generales sirven para llenar las lagunas que presenta el Derecho, es decir son fuentes formales de aplicación subsidiaria a falta de ley y costumbre.

## 2.6. Teorías fuertes y débiles entre normas y principios

Sirviéndose de una distinción defendida por Robert Alexy (1993), consideramos que las teorías que admiten la diferenciación entre normas y principios pueden ser agrupadas en teorías fuertes y teorías débiles. Estas últimas serían las que sustentan la separación en criterios meramente formales o cuantitativos, mientras que llamamos teorías fuertes a las que fundan la distinción en consideraciones cualitativas o sustanciales. (93)

En el marco del iuspositivismo abundan las teorías débiles (Bobbio, Wroblews-

ki, Peczenick, MacCormick, Pattaro, Lumia, Carrió, etc.), en tanto identifican a los principios con ciertas normas fundamentales, importantes o generalísimas del ordenamiento jurídico, o admiten que ellos se obtienen por un proceso de inducción o generalización creciente a partir de las normas jurídicas dadas. En definitiva, desde esta perspectiva, al Derecho hay que ir a buscarlo en las reglas establecidas en una sociedad como jurídicas, y los principios solo serían algunas de esas normas u otro modo de decir lo que ya dicen implícitamente las mismas normas (Vigo y Delgado, 1997: 93-94).

En las teorías fuertes, lo decisivo es que ellas señalan alguna o característica en los principios que impide toda asimilación con las normas, de modo que es posible señalar nítidamente los contornos de esos dos ámbitos del Derecho vigente. De esa manera, al jurista se le ofrecen dos vías diferenciadas a los fines de determinar adónde hay que ir a buscar para encontrar la respuesta jurídica que requiere el problema que lo convoca.

Un planteo original, aunque en última instancia asimilable a las teorías débiles, es el que esboza Prieto Sanchís. Según dicha propuesta, la discusión acerca de la distinción entre normas y principios debe remitirse al ámbito de la teoría de la interpretación o lógica de los juristas, y es aquí donde se intenta demostrar que un mismo estándar puede funcionar como norma o como principio; en consecuencia, no existe alguna característica que identifique *a priori* o en sí mismas o las normas o a los principios, sino que la misma disposición se puede usar al momento de la interpretación como norma o como principio.

No podemos perder de vista que a pesar de que constatamos el referido entusiasmo teórico y práctico en torno de los principios jurídicos, se mantienen actualmente algunas posturas decididamente escépticas o negativistas. Así, por ejemplo, Tarello escribe: «El argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que sirve de vez en cuando a cubrir disparatadas operaciones». Más terminante resulta la opinión de Hernández Marín, para quien «los principios jurídicos no existen» y «si existieran, no podrían en ningún caso ser generales».

Por nuestra parte, hemos de defender en el presente trabajo una teoría fuerte respecto de los principios que llamaremos «principios del Derecho» o «principios

en sentido estricto», aun cuando creemos que puede igualmente admitirse una teoría distintiva débil respecto de las normas en relación con los otros tipos de «principios» que integran el ordenamiento jurídico. De todas maneras, reiteramos que nuestra mirada se circunscribirá a «principios en sentido estricto» y «normas» (Vigo y Delgado, 1997: 95).

## 2.7. Criterios distintivos entre normas y principios jurídicos

Repasemos a continuación el listado más completo que se nos ocurre de los criterios distintivos entre normas jurídicas y principios jurídicos, basado enteramente en el desarrollo clasificatorio de Vigo y Delgado (1997: 96-106).

1. **El contenido:** Dworkin (1984) define a los principios «estándares, que no son normas, y que han de ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad». <sup>1</sup> Es responsabilidad básica de los jueces el tomar decisiones respaldadas en argumento de principios, para así asegurar el respeto de los derechos de los ciudadanos. Atender a los principios a la hora de adjudicar derechos, sin dejar que los argumentos políticos basados en metas colectivas de la comunidad prevalezcan, equivale a tomarse en serio a los derechos individuales no condicionando su respuesta a cálculos de utilidad. Mientras que los principios tienen aquel contenido moral o vinculado a los derechos morales (*moral rights*, por oposición a los *legal rights*), las normas cuentan con un contenido diversificado y no necesariamente moral.
2. **El origen:** Las normas pueden ser sometidas lo que Dworkin llama el test de origen o *pedigree* individualizando la manera y el momento en que fueron

---

<sup>1</sup>Dworkin habla de principios en un sentido amplio como abarcativo de los principios en sentido estricto o *principles* (a los que recurren básicamente los jueces cuando definen los derechos de las partes, y que son definidos con el párrafo citado en esta nota) y de las directrices políticas o *policies* (normalmente empleados por los legisladores, y cuyo contenido refiere a «objetivos que han de ser alcanzados en tanto implican una mejora en el campo económico, político o social de la comunidad»)

establecidas como tales. En cambio, respecto de los principios, en virtud de pertenecer al Derecho forzosamente por su contenido y no porque lo dispuso alguna autoridad, resulta irrelevante aquella búsqueda.

3. **La validez:** Si los principios cuentan con una intrínseca y necesaria juridicidad, parece evidente que las normas no pueden afectar ese contenido racionalmente jurídico, dado que de hacerlo quedarían afectadas en su validez. La validez de los principios es consecuencia necesaria de su contenido; por eso, en caso de contradicción con las normas, aquéllos son los que prevalecen. La validez de las normas deriva de otras normas o de los principios.
4. **Capacidad explicatoria y justificatoria:** MacCormick reconoce en los principios una función explicatoria y justificatoria respecto de las normas. También Larenz (1985) destaca que en el principio jurídico «lo decisivo es su actitud como causa de justificación y su acuñación en una regulación o varias». Los principios, al modo de leyes científicas, tienen una especial y relevante capacidad explicatoria y didáctica en tanto hacen posible una descripción económica o breve, sintetizando una gran cantidad de información de un sector o de todo el ordenamiento jurídico, pero además, lo representa como un conjunto no caótico sino dotado de sentido u ordenado.
5. **La aplicación:** Las normas se aplican de una manera disyuntiva: o todo o nada; es decir, la pregunta es si se han o no configurado los supuestos fácticos contemplados en una norma; si la respuesta es afirmativa y la norma es válida, solo corresponde aplicar las consecuencias previstas en la misma. Los principios no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, más bien ellos se limitan a enunciar una razón que discurre en cierta dirección, pero no exigen una decisión particular. Joseph Raz (1972) aprueba una distinción según la cual los principios prescriben actos relativamente inespecíficos. Atienza y Ruiz Manero (1991) identifican a las normas como «razones perentorias» para que intérprete adopte la solución prevista en las mismas, excluyendo toda deliberación a propósito de cualquier otra mejor solución; en cambio, los principios «constituyen mera-



mente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional».

6. **La identificación:** En las normas es posible, al menos teóricamente, brindar la nómina de las mismas y establecer la fórmula canónica de cada una de ellas. En el caso de los principios ello es imposible, básicamente porque se carece de un acto de incorporación del principio al ordenamiento jurídico y porque ellos se limitan a brindar una razón para estructurar el discurso propio del jurista.
7. **La derogación:** La expulsión del sistema jurídico tiene sentido en la medida en que aludamos a normas, pero con respecto a los principios ellos permanecen formando parte del mismo mientras se les estime convenientes o justos en la determinación de derechos y deberes.
8. **La labor que exigen:** El recurso a los principios implica una exigente labor argumentativa profesional destinada no solo a precisarlos, sino también a inferir la solución que se propone o describe. Obviamente que dicho esfuerzo es significativamente menor cuando se opera con normas, pues allí habría una especie de «aplicabilidad burocrática y técnica».
9. **Las excepciones:** Mientras que incluir en el enunciado de las normas las excepciones a su aplicación es un trabajo que puede realizarse, con el beneficio de que aquéllas ganarán en precisión, tratándose de los principios es una tarea sumamente dificultosa, pero además –destaca Dworkin– estéril en tanto que no alcanza a proporcionar un principio más completo o exacto.
10. **Los destinatarios:** En el caso de los principios, ellos se dirigen a los órganos encargados de la adjudicación de derechos; las normas también pueden orientarse a los ciudadanos, quienes pueden llegar a inferir ciertos comportamientos aunque carezcan de formación profesional.

11. **Resolución de contradicción:** Cuando se trata de normas una de ellas no puede ser válida, si la otra que la contradice también lo es, por eso la opción por una de ellas supone el desplazamiento fuera del sistema jurídico de la otra, y esta decisión se toma apelando a consideraciones que trascienden a las normas. Los principios, cuentan con la dimensión de peso o importancia (*dimension of weight*), de modo que quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno de los principios implicados en el caso, y la preferencia por uno no conlleva a la pérdida de juridicidad del principio descartado (Dworkin, 1984). Gianformaggio (1986), coincidiendo con este planteo diferenciador dworkiniano, escribe: «Porque los principios no son entre sí incompatibles; son siempre concurrentes, y aplicar uno significa, simultáneamente, aplicar todos los concurrentes, buscando la manera de sacrificar cada uno de ellos en la menor medida posible compatible con el respeto a cada uno de los otros».
12. **El cumplimiento:** Según Robert Alexy los principios son «mandatos de optimización», dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas; mientras que las normas son «mandatos definitivos», y al mandar una conducta determinada o definida es posible un cumplimiento. También Peczenik (1990) insiste en que «si alguien está en una situación regulada por una regla, solo tiene dos posibilidades, obedecer la regla en cuestión o no obedecerla... Un principio valorativo, por el contrario establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor».
13. **La estructura lógica:** La doctrina ha polemizado acerca de la estructura lógica de las normas, llegándose a sostener tanto que eran juicios categóricos, como hipotéticos o disyuntivos. Si intentamos trasladar las estructuras lógicas tradicionales (concepto, juicio y razonamiento) a campo de los principios, podríamos calificarlos como conceptos axiológicos.
14. **Incorporación al sistema jurídico:** Las normas justifican su admisión al sistema en virtud de inferirse desde los principios, o en virtud de reglas de admisión propias del sistema. Los teóricos, y en consecuencia, siguiendo a

Kalinowski (1977), tenemos que los modos de admisión posibles pueden ser: por convención o por evidencia, y esta última a su vez se divide en empírica o analítica.

15. **Compromiso histórico:** Aquellos que admiten distinciones fuertes entre normas y principios, seguramente postulan, al mismo tiempo, para estos últimos, las características –en mayor o menor medida– de universales, absolutos, objetivos o permanentes; así, por ejemplo, Alexy afirma que el «derecho racional de la modernidad» ha incorporado como principios los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, Estado de Derecho y Estado Social. En las normas es evidente la contingencia y relatividad de sus contenidos, a tenor de las características del tiempo y lugar a las que se dirigen.
16. **Localización en el ordenamiento jurídico:** El ámbito del ordenamiento jurídico donde normalmente se localizan los principios es en el plano de la Constitución, o sea del Derecho más alto (*higher law*); mientras que las normas se ubican en el resto de las gradas inferiores. Wroblewski (1962) reconoce que los llamados principios son normas que, en razón del lugar que ocupan en la estructura jerárquica normativa, funcionan como fundamento de otras normas. Luzzati (1990) en esta misma línea de jerarquía afirma: «En la estructura de los sistemas jurídicos los principios son aquellas normas que vienen consideradas por el legislador, por la doctrina y/o por la jurisprudencia como el fundamento... de un conjunto de otras normas».
17. **Operatividad con la lógica formal:** En el campo de las normas se verifica claramente el desarrollo que ha tenido la lógica formal en el tratamiento de las mismas, lo que se ha proyectado en las pretensiones que impulsan a la informática judicial. En el campo de los principios, en la medida en que se les asigna un contenido axiológico, su operatividad por medio de la lógica se ve perturbada o dificultada.
18. **El aporte a la completitud del sistema:** La admisión de los principios amplía notablemente la capacidad de respuesta del ordenamiento jurídico, a punto de posibilitar el cierre del mismo. La teoría dworkiniana de la «res-

puesta correcta» (*the one answer right*) que el juez debe descubrir en cada caso sirviéndose de los principios, como alternativa frente al discrecionalismo de Hart, es una prueba de dicho servicio de los principios. Un sistema de normas encuentra en el listado de sus supuestos y consecuencias una mayor limitación en las respuestas que necesita el jurista.

19. **Componentes:** Sirviéndose del análisis de las normas prescriptivas efectuado por von Wright (1986) creemos que de los ocho elementos que el profesor finlandés comprueba en aquéllas, resultan imposibles de verificar en los principios: la «autoridad» (el agente que emite la norma) y la «promulgación» (dar a conocer la norma); y difícil de verificar con exactitud el «contenido» (aquello que debe hacerse, no hacerse o puede hacerse) y la «ocasión» (localización espacial o temporal en que debe cumplirse la norma); dicho esto sin perjuicio de que un análisis más detallado obligaría a efectuar otras precisiones respecto de los cuatro restantes elementos.

20. **Funciones:** Bobbio (1966) reconoce en los principios hasta cuatro funciones:

- a) interpretativa: aportan al esclarecimiento del sentido de las normas;
- b) directiva programática: orienta la actividad de los juristas al momento de crear una norma;
- c) integradora: proporciona criterios conforme a los cuales se puede resolver un problema jurídico que no tiene regulación normativa, es decir, en caso de laguna jurídica, y
- d) limitativa: pone los causes dentro de los cuales puede ejercerse una cierta competencia.

También se admiten como funciones propias de los principios la «fundamentadora del ordenamiento», de modo que legitiman o reconocen la validez de las otras fuentes del Derecho, y además se menciona la «función sistematizadora» (a la que aludimos explícitamente en el último punto) en tanto los principios posibilitan la estructuración u ordenamiento del material jurídico. Por el lado de las normas, la función que claramente ellas cumplen es la de

regular directamente un determinado supuestos de hecho, pero le es extraño el tener por objeto a otras normas (precisándolas, orientándolas, sistematizándolas o fundándolas), o suplir su ausencia.

21. **La coactividad:** Los principios para Alchourrón y Bulygin serían enunciados que ordenan, prohíben o permiten conductas sin establecer sanciones, frente a las normas que se caracterizarían por su carácter coactivo.
22. **La formulación lingüística:** Sin perjuicio de que para algunos autores resulta decisiva la formulación lingüística de las normas, a punto que solo serían eso, lo cierto es que en las normas su existencia jurídica requiere del enunciado lingüístico, aun cuando no todas se reduzcan al mismo; en cambio para los principios, esta dimensión lingüística carece de trascendencia atento a que lo decisivo y problemático es la referencia a la realidad a la que con ellos se alude.
23. **Capacidad sistematizadora del Derecho:** Las normas no generan automáticamente por sí mismas y entre ellas un sistema jurídico; sin embargo todos los principios tienden a la formación de un sistema y a un esquema de jerarquización lógico. Así en todas las culturas jurídicas se repite el mismo ciclo: descubrimiento de problemas, formación de principios y articulación de un sistema.

### **2.7.1. Elementos distintivos de la teoría fuerte de los principios jurídicos**

El criterio distintivo del «contenido» es en el que hay que respaldarse para fundar una conveniente teoría fuerte de los principios, que es, por otra parte, al que efectivamente recurre la teoría al respecto más importante de nuestros días: la *right thesis* de Ronald Dworkin. En efecto los principios dworkinianos en razón de su contenido (exigencia de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad) integran el *proprio vigore*, y no por haberlo establecido una práctica social o una autoridad, de ahí que cualquier ratificación en el plano del derecho positivo resulta irrelevante. Carlos S. Nino (citado por Delgado y Vigo, 1997: 108): «Los principios a los que

Dworkin se refiere son, como él mismo lo dice explícitamente, principios morales y es precisamente una característica de los principios morales el que ellos no son reconocidos o aceptados por el hecho de derivar de una fuente fáctica social... Cuando un estándar es reconocido como un principio moral, su sanción a través de cierto procedimiento no es considerado relevante para su validez». No importa que no hayan sido explícitamente incorporados en el Derecho por la Constitución, la legislación o mediante decisiones judiciales vinculantes e incluso cuando no han sido incorporadas al Derecho o cuando nadie los ha utilizado previamente o pensado en ellos como Derecho.

El contenido de los principios coincide con aquellos derechos humanos fundamentales (que también podríamos llamar derechos naturales o derechos preexistentes) que le son atribuidos al hombre por la sola razón o título de su condición como tal. Como lo menciona Hervada (1981) citado por Delgado y Vigo (1997) el contenido de esos derechos corresponde;

1. a los bienes que constituyen el propio ser del hombre: su vida, sus miembros, sus potencias y sus tendencias;
2. a las operaciones que tienden a obtener las perfecciones o actualizaciones a las que el hombre desde su naturaleza individual y social tiende, y
3. a las cosas y bienes exteriores que son el objeto de esas operaciones, así por ejemplo, la operación de alimentarse es un derecho humano pero al mismo tiempo el alimento que es su objeto también constituye un derecho humano fundamental, o por ejemplo, el hombre está inclinado a una vida social más o menos ordenada y pacífica, y, en consecuencia, tiene derecho a que se le provean los medios organizacionales y sustanciales para contar con aquel orden social.

Estos derechos son atribuciones conferidas al hombre que si bien son inherentes en la naturaleza humana, no por ello dejan de ser concretas y reales, de tal modo que cuando postulamos el «derecho a la vida» lo reclamamos para todo hombre en particular.

Aunque por otro lado Torres Vásquez (2005: 67) afirma que los principios

que constituyen normas aplicables subsidiariamente por falta o deficiencia de la ley no se encuentran dentro sino fuera del ordenamiento positivo y han de encontrarse en esas aspiraciones naturales, ideales de justicia, en las convicciones sociales, económicas, culturales, morales, religiosas, políticas nuevas o tradicionalmente arraigadas en el alma del pueblo y que, por lo tanto, constituyen la base de todos sistema de Derecho. Las transformaciones profundas que experimenten esas aspiraciones y convicciones darán lugar a la desaparición de algunos principios generales de Derecho y a la aparición de otros.

A continuación retomaremos los elementos esenciales que conforman el debido proceso y que son los principios generales, pero por razones de especialidad y rigor expositivo reduciremos los principios a los que se encuentran vinculados directamente con al artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 que no solo abarca la instancia plural sino además a la motivación de resoluciones que consistía en una causa, si se vulneraba la misma, de poder recurrir a una instancia diferente.

## **2.8. Principio y derecho fundamental: La pluralidad de instancias**

Este principio está en estrecha vinculación con otro principio denominado Principio de Impugnación, que es fundamental en el procedimiento que todo acto del juez que pueda lesionar los intereses o derechos de una de las partes, sea impugnabile, es decir que exista algún recurso contra él, para que enmienden los errores o vicios en que se haya incurrido» (Devis, 2004: 73) varían los remedios que la ley ofrece, según la naturaleza del acto y la clase de funcionario que lo haya dictado; y de ellos no puede hacerse uso indiscriminadamente, sino en los términos y condiciones que la ley procesal señala. Del mismo, además de relacionarse con la impugnación, lo está también con el principio de recursibilidad y revocabilidad. La revocabilidad es un remedio jurídico contra la injusticia de la resolución del juez, al paso que la nulidad lo es en contra de su invalidez. La impugnación es el género, el recurso es la especie. La revocación procede no solo cuando el juez aplica in-

debidamente la ley o deja de aplicarla, sino también cuando se dejan de cumplir las formalidades procesales, si se recurre en tiempo; después solo puede pedirse la nulidad. La impugnación debe hacerse oportunamente, hasta cierto momento, llegado el cual la decisión adquiere firmeza, pues de lo contrario sería imposible concluir un proceso y se pecaría contra la certeza jurídica.

Por recurso se entiende la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la reenvíe, con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (*in judicando* o *in procedendo*) que en ella se hayan cometido.

En la noción de defectos de los actos procesales se comprenden los que causan revocación y los que producen nulidad. Pero al fin de entender mejor estas cuestiones es conveniente hablar de vicios de los actos del juez para indicar los motivos de nulidad o anulabilidad que la ley procesal consagra, y de errores del juez para referirse a los que apenas dan derecho a pedir su revocabilidad mediante recursos. La rectificación del acto procesal es el resultado del recurso que prospera; la invalidación lo es de su nulidad.

El efecto inicial del recurso interpuesto oportunamente y en debida forma es el de impedir la vigencia del acto del juez y por lo tanto su cumplimiento, a menos que la ley autorice proponerlo en el efecto devolutivo (para que se cumpla y se mantenga como vigente mientras el superior no lo revoque). Su efecto final es la rectificación o confirmación de dicho acto.

Nadie sabe con certeza cuál es el alcance positivo de la garantía de la «pluralidad de instancia», pero de lo que no se puede tener duda es de su alcance negativo: ningún proceso (ni penal ni «no penal») que deba desarrollarse ante órganos jurisdiccionales estatales, puede estar diseñado por el legislador a instancia única, es decir, que se desenvuelva de inicio a fin ante un único juez.

### **2.8.1. La instancia**

«Instancia en términos generales es toda solicitud, petición o requerimiento (...) tratándose de una solicitud hecha al Poder Judicial»; se dice entonces que los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de parte, según que los realice



el juez por iniciativa propia o a requerimiento de alguno de los interesados. También se llama instancia a todo un conjunto de actos que constituyen un procedimiento, lo que implica un movimiento, que tiene un momento.

Enrique Falcón (1989) citado por Franciskovic y Torres (s/f: 6) refiriéndose a la instancia dice: «Como tal, debe entenderse el conjunto de actos procesales que suceden a continuación del acto de apertura de la instancia, para cada proceso o procedimiento en particular y hasta la resolución que lo concluya» inicial como un momento final. y ese acto de apertura de la instancia a que se refiere pueden ser: «Así la instancia sucede a partir de la demanda, en general, a partir de la promoción del incidente; en caso de doble instancia, desde la concesión del recurso y hasta el momento de conclusión de los actos que engloban el proceso o el procedimiento previsto».

Palacio (1991) citados por los mismos autores, formula su definición en términos muy amplios, entiende por instancia «el conjunto de actos procesales que se suceden desde la interposición de una demanda (originaria o reconvenzional), la promoción de un incidente o la resolución mediante la cual se concede un recurso (ordinario o extraordinario) hasta la notificación del pronunciamiento final hacia el que dichos actos se encaminan». A la vez los autores citan a Couture (1958) quien dice que «instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla, entonces de sentencia de primera y segunda instancia, de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o segunda instancia»; sin duda la instancia es la compleja actividad jurisdiccional que se sitúa entre determinados momentos en el desarrollo del proceso.

Así concebida, como el íter procesal que media entre un pedido y el pronunciamiento sobre éste corresponde luego conocer las características de la instancia. No hay dudas acerca de la amplitud de posibilidades que pueden darse en primera instancia, principalmente en materia de alegaciones y pruebas, con pleno conocimiento por parte del órgano jurisdiccional de hechos y derechos. Pero si hay confusión respecto al segundo examen, en la denominada segunda instancia.

Puede concebirse –aunque esta concepción resulte de muy difícil realización– como un nuevo proceso, con la posibilidad de formular alegaciones, excepciones, contradicciones y proponer pruebas como sí de un primer proceso se tratara, sin limitaciones provenientes de lo alegado y probado en la primera instancia. Así se admitiría cambiar el fundamento de la pretensión o, al menos, aducir hechos y procurar probarlos sin limitación alguna, “repitiendo” pruebas, por ejemplo. En el extremo opuesto del arco de posibles configuraciones se situaría una segunda instancia concebida para la exclusiva revisión del juicio jurídico determinante de la sentencia de primera instancia, pero sin posibilidad de revisar el juicio fáctico.

Algunos autores definen el concepto de instancia en atención a la posibilidad que en el mismo puedan analizarse hechos, actuarse medios probatorios e introducirse nuevas pretensiones. Desde este punto de vista, la denominación «segunda instancia» es un tanto convencional, porque el recurso de apelación para ser verdadera instancia debería abrir una nueva ocasión de aportar ante el Tribunal *ad quem* todos o parte de los materiales de la primera instancia más los nuevos de que el recurrente tal vez disponga (*nova reperta*), y entonces si se tratará de una apelación plena (que incluye una segunda instancia) que permitiría incluso el complemento de las pretensiones ya ejercidas o el ejercicio de otras nuevas. Sin embargo, podría esa apertura quedar reducida o una ocasión para criticar la decisión reclamada y examinar el Tribunal únicamente los materiales de la primera instancia, con alguna posibilidad, más o menos amplia, según los sistemas, de aportar algunos otros nuevos (apelación limitada que no origina una verdadera segunda instancia) (Franciskovic y Torres, s/f: 7).

En nuestro Código Procesal Civil la apelación asume este último carácter; es una apelación limitada, con ciertas concesiones al llamado *ius novorum* y solo para determinados procesos. En ella se trata de ver si, a base fundamentalmente de los materiales de la primera instancia, que ahora se examinan y valoran de nuevo, la sentencia impugnada es acertada o desacertada, justa o injusta.

Por otro lado, muy relacionada al anterior punto de vista, instancia solo será cuando el juzgador tenga la posibilidad de pronunciarse sobre la pretensión deducida. Así en primera instancia se pide al juzgador un pronunciamiento sobre el

fondo, fundado en derecho, que puede o no darse, empero siempre la segunda instancia entraña la posibilidad de que el tribunal competente confirme o revoque y sustituya, total o parcialmente, la resolución que puso fin a la primera instancia. Se buscaría ofrecer una respuesta a unas concretas peticiones de tutela jurídica, en primera instancia, existe la posibilidad de estimar o desestimar la pretensión, en tanto en segunda instancia, existe también la posibilidad de revocar o confirmar una resolución que se pronuncia sobre la pretensión; también puede darse el caso, que en ninguna de ambas instancias se consiga una resolución que se pronuncie sobre el fondo, pero y, lo más grave aún es que se lesione derecho constitucional y fundamental alguno, pues la exigencia de un pronunciamiento de fondo es previo cumplimiento de ciertos requisitos, pero basta la potencialidad de lograrlo. (Franciskovic y Torres, s/f: 8)

Así podemos decir que el comienzo de la primera instancia se abre con la mera presentación de la demanda, aunque no se haya conferido traslado o no haya sido notificada, resultando irrelevante, en consecuencia, que se haya establecido una relación jurídica procesal válida, el fin de la primera instancia, aunque constituye una materia opinable, la tendencia predominante indica que la instancia finaliza, no con el dictado de la sentencia, sino con su notificación. La segunda instancia comienza con la concesión del recurso y la segunda instancia termina con el pronunciamiento del superior jerárquico.

Ariano (2010: 283) entiende instancia lo que implica el «íntegro desarrollo del proceso (se entiende declarativo), es decir, desde el inicio (con la demanda) hasta la sentencia, pasando por todas las etapas que esta requiera para obtener un pronunciamiento sobre la demanda (y en su caso, la reconvencción). Por eso es que «de allí solo podremos hablar de agotamiento o finalización de la instancia cuando el proceso haya terminado por sentencia, habiendo pasado por todas las fases necesarias hasta llegar a la fase de la decisión. Cuando un proceso que estaba en su primera instancia, concluye por auto (p. ej. se declara fundada la excepción procesal o se declara el abandono, etc.) esa resolución conclusiva del proceso no pone fin a la instancia, sino que más bien la “frustra”».

## 2.8.2. Configuración jurídica-normativa de la pluralidad de instancias

Ninguna persona es infalible en su proceder y los jueces y tribunales están compuestos por personas que tampoco escapan a esta inexorable regla general. Para ello son diversos los medios de impugnación de las resoluciones judiciales. Desde la reposición o reconsideración que se interpone ante el propio juez *a quo* que expide la resolución recurrida, pasando por la apelación que permite la revisión total del fallo impugnado y que es materia de un conocimiento *ad quem* (verdadero ejercicio del derecho a la instancia plural), hasta llegar a la casación mediante la cual se accede al máximo tribunal de justicia que permite corregir los errores *in procedendo* e *in iudicando*, y que en nuestro ordenamiento jurídico procesal recibe la denominación de recurso de anulación.

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, en su artículo 14, numeral 5 contiene lo siguiente:

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Otro de los tratados de derechos humanos que importa revisar es la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos – más conocida como Pacto de San José-, que en su artículo 8, numeral 2, literal h nos dice:

Artículo 8. Garantías Judiciales (...) 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Como podemos ver, el derecho a una pluralidad de instancias, según los tratados internacionales de los que el Perú es parte, limitan la pluralidad de instancia al ámbito penal, por lo que podría haber normas legales que limiten la pluralidad de instancia en el ámbito civil, o que establezcan inclusive procesos civiles de una sola instancia.

Para nuestro sistema jurídico la doble instancia constituye una faceta importante del debido proceso y del propio derecho a la tutela jurisdiccional. En este sentido nuestra Constitución acoge a la pluralidad de instancia como un derecho fundamental, integrante del debido proceso:

Art. 139.-

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

6. La pluralidad de la instancia.

(...)

Pero la pluralidad de instancia debe entenderse que está configurada por la doble instancia y que no es para toda clase de resoluciones judiciales (decretos, autos y sentencias) sino que la doble instancia es para el proceso (para la sentencia y para algunos autos), es decir, que éste puede recorrer hasta dos instancias, vía recurso de apelación (es necesario recordar, como sabemos, el recurso de casación no genera tercera instancia).

En este mismo sentido el Código Procesal Civil establece lo siguiente:

Art. X.- Principio de Doble Instancia:

El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.

Según Quiroga (2003, 78) con estos preceptos queda zanjado dentro de nuestro ordenamiento jurídico un debate de la doctrina procesal: el derecho al recurso y la prescripción de la instancia única, puesto que ello no aparece en el contenido del artículo 3 de la LOPJ ni en ningún otro dispositivo legal. Lo que hasta antes de la Constitución de 1979 aparecía era la regulación concreta, el ejercicio de la instancia plural como un principio general del derecho procesal, más no su positivización en texto normativo alguno.

En la hipótesis de denegarse el recurso de apelación en forma injustificada, ya sea por un deficiente cómputo del plazo para recurrir o por una errónea apreciación de los requisitos de forma o de fondo, se estará lesionando el derecho a un debido proceso. Sin embargo, cabe hacer presente, que ante esta denegatoria la parte

afectada debe recurrir en queja para solicitar la enmienda a tal contravención. Si se declarase inadmisibile, improcedente o infundada la queja, podrá, según sea el caso, recurrir en casación alegando que se han infringido normas que garantizan un debido proceso (Ticona, 1999: 139).

### **2.8.3. Definición**

La pluralidad de instancias consiste «en la posibilidad que tiene todo ciudadano, siempre y en todo momento, de poder recurrir de una decisión judicial, esto es, de poder cuestionar la misma dentro del propio órgano jurisdiccional, ante una autoridad judicial de mayor jerarquía y con facultades rescisorias, esto es, con el poder jurídico de dejar sin efecto lo originalmente dispuesto, ordenado o sentenciado» (Quiroga, 2003: 78).

«Es la garantía de que los jueces y tribunales, una vez terminado el proceso, sean pasibles de ulterior revisión de su actuación y decisión (*errores in iudicando e in procedendo*) solo si la parte afectada con la decisión así lo solicita, pues el derecho a la instancia plural es también un derecho público-subjetivo inscrito dentro del principio de la libertad de la impugnación» (Quiroga, 2003: 78).

Esta definición se estructura ante el hecho de que «por más reglas de procedimiento que intenten cumplir, por más cuidado que se tenga en la estructura y selección de la organización judicial, por más disciplina interna que se logre imponer, es imprescindible darle al justiciable la posibilidad de acudir a la instancia superior para que revise su proceso emitiendo un segundo pronunciamiento que pueda ser impuesto al primero cuando existan discrepancias» (Calamandrei, 1961, citado por Quiroga, 2003: 79). No estamos ante dos opciones igualmente válidas, sino que en el marco de la tutela jurisdiccional efectiva y el Estado Constitucional del Derecho no es tolerable procesos de instancia única y que, por el contrario, es el proceso con doble instancia el que se inscribe dentro de la finalidad de construir un proceso con las mínimas garantías para que opere una tutela jurisdiccional efectiva.

Esto nos lleva a afirmar que resulta racional es que la existencia de un espacio procesal de revisión tiene una virtud que, si se quiere, es de sentido común: reduce

la posibilidad del error o de arbitrariedad. Por lo demás, los cuestionamientos referidos a la dilación del proceso, se sustenta en cuestionamientos contra el abuso de la impugnación, abuso que puede presentarse en exigir que todo acto procesal sea impugnabile o que exista varias instancias y no simplemente dos.

La directiva constitucional de la «instancia plural» no implica en absoluto el que toda resolución a emitirse durante el desarrollo del proceso sea «impugnabile» ante un juez distinto del que la emitió, sino solo el que una vez cerrada la primera instancia del proceso con la emisión de la sentencia (de fondo o no), se prevea (al menos) un medio para que esta puede renovarse ante un juez distinto.

El que el legislador no pueda diseñar procesos a instancia única no significa en absoluto que todo proceso tenga que pasar por más de una instancia (o sea, por el conocimiento, como se diría luego, de más de un juez distinto) pues ello queda en libre disposición de los justiciables. En tal sentido, nada impide que las partes, del todo legítimamente, puedan pactar que el proceso se lleve a instancia única o que la parte que cuente con el interés para promover la ulterior instancia, simplemente no lo haga, o, finalmente, cuando haciéndolo, luego se desista (Ariano, 2010: 275). De allí la licitud constitucional de los pactos de renuncia a los recursos previstas en el artículo 361 del CPC (que por cierto, como todo acto de renuncia, la condiciona a la disponibilidad del derecho en juego en el proceso y al que no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa). De allí también, el que sea perfectamente lícito el que el arbitraje se lleve a instancia única y que, incluso, cuando se anule un laudo por haberse emitido fuera de plazo, las partes «decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia» (art. 65.1 literal f) del Decreto Legislativo 1070).

De esta manera Ariano (2010: 275) nos refiere a la subjetividad del derecho:

El que el ordenamiento procesal deba diseñar un proceso con instancia “plural” es un *derecho subjetivo del justiciable*, no una *objetiva* exigencia del sistema procesal. Si así fuera, emitida la resolución final de un proceso (cualquier proceso), este debería necesaria y oficiosamente pasar por el conocimiento de otro juez, siendo indiferente el “querer” de las partes.

#### **2.8.4. Hermenéutica jurídica del modelo de la doble instancia y el doble conforme**

Existe la tendencia a considerar que «pluralidad de instancias» y «doble instancia» son, en sustancia, lo mismo. Lo que se debe precisar que ni históricamente ni teóricamente los modelos de la pluralidad de instancias y el de «doble instancia» coinciden. En efecto, el modelo de la «pluralidad de instancias implica la posibilidad de que un proceso sea sucesivamente conocido por diversos jueces, tanto como la organización judicial (por la general jerarquizada) lo permita, hasta ascender hasta el órgano de vértice, cuya decisión prevalece sobre las anteriores, sustituyéndola. Cerino Canova (1990) citado por Ariano (2010: 276) nos habla de la tipología de las impugnaciones en la doctrina italiana que distinguen entre impugnaciones, y que solo una impugnación del primer tipo promueve una ulterior instancia, a saber:

- *Devolutivo-sustantivas*, que son las que «trasladan» de un juez a otro el poder (es decir, la competencia) para conocer y decidir (sustitutivamente) la controversia ya conocida y (en principio) decidida por un precedente juez.
- *No devolutivas-rescindentes*, que no confieren al juez el poder de conocer y decidir la controversia, sino solo de controlar la validez de la resolución impugnada.

El modelo está ligado a la evolución de la organización imperial romana y a la de la ordinarización de la *appellatio*, que de ser un *extraordinarium auxilium*, concedida caso por caso por el emperador devino con el pasar del tiempo en «un normal medio de impugnación, a plantearse por cualquier legitimado, en contra de una sentencia válida de otra forma inatacable» (Orestano, 1958, citado por Ariano, 2010: 276), a fin de obtener un nuevo enjuiciamiento sobre una situación ya juzgada por parte del órgano jerárquicamente superior al anterior.

De esta manera, el modelo histórico de la «pluralidad de instancias» presupone una organización judicial compuesto por jueces organizados por niveles jerárquicos a los cuales se accede a través de un medio (la apelación) que permite el total reenjuiciamiento de la controversia ya previamente juzgada.



En contraposición, el modelo de la «doble instancia» se contenta con la existencia solo de un ulterior «grado» de juicio ante un distinto juez, cuya decisión prevale sobre la primera y es la que adquiere la «autoridad» de cosa juzgada.

Siguiendo a Ariano (2010), el modelo de la doble instancia encuentra su origen en la decisión política de los revolucionarios franceses, que en mayo de 1790, frente al dilema entre mantener la pluralidad de apelaciones o la abolición total de la apelación, adoptaron una fórmula intermedia, en fuerza del cual tras el primer juicio se admitió un único reexamen total (*in facto e in iure*) de la controversia ante otro juez, cuya sentencia era ya inapelable. Es así que, frente a las largas y seculares disputas sobre cuál debía ser el idóneo número de instancias que aseguraran la justicia de la decisión, los franceses cortaron por lo sano: dos son suficientes, conformes o no. Esto rediseñó toda la organización judicial francesa e irradió su influencia sobre el continente europeo poniendo en jaque todo el modelo de pluralidad de instancias. Naturalmente el modelo de la doble instancia no solo no se contenta con una primera decisión sobre la controversia (y sí con la posibilidad de una segunda), sino tampoco tolera la existencia de una tercera, pues es la segunda, por definición, la que pone término en definitiva a la controversia.

Por otro lado, debe evitarse además la confusión con el modelo del *doble conforme* (o *triple conforme*), que constituyó históricamente la fórmula ideada para limitar el número de apelaciones. En este modelo conforme existe efectivamente la posibilidad del planteamiento de una pluralidad de apelaciones promotoras de ulteriores instancias, pero la posibilidad de su planteamiento se detiene de pronto si se obtiene una doble (o triple) decisión «conforme», es decir, con el mismo tenor.

### **2.8.5. Negación de la pluralidad de instancia como derecho fundamental**

Para algunos sistemas jurídicos la pluralidad de instancia o la doble instancia no configura una garantía ni un derecho constitucional, e igualmente en la doctrina no existe unanimidad respecto a considerarlo como una faceta del debido proceso ni como expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Como vimos en la sección de los principios, estos pueden estar o no contenidos

en las normas legislativas, lo que no afecta su vigencia, vale decir que los principios del derecho, en general, y los del proceso civil, en particular, se encuentran vigentes hayan sido o no legislados.

Pero para Pérez Arroyo (2000) citado por Franciskovic y Torres (s/f) «para que los derechos se conviertan en fundamentales tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre las demás normas del ordenamiento y en particular sobre la ley (...) son las garantías constitucionales las que hacen que la constitución deje de ser un documento exclusivamente político para pasar a ser además una norma jurídica, también son ellas las que hacen que los “derechos de las declaraciones” se conviertan en “derechos fundamentales”». Vemos que el citado autor confunde el reconocimiento o declaración por parte del órgano jurisdiccional con la existencia previa a dicha declaración, lo que no hace a un principio un derecho fundamental el estar reconocido, sino que el principio es un derecho fundamental fundador del ordenamiento y pauta esencial de interpretación para cualquier derecho reconocido en aquel.

Para Merino (s/f: 3) «estas posiciones sobre que gracias a la pluralidad de instancia –o al sistema de impugnaciones– se puede corregir los errores o arbitrariedades judiciales, son bastante relativas, pues no son garantía de una mejor justicia un proceso en el que se reconozcan dos instancias o en sistemas, como el nuestro, en el que se consagra una pluralidad de instancias».

Para este autor, es evidente que las cortes superiores o supremas no siempre corrigen los errores o arbitrariedades cometidos por las instancias inferiores, y es precisamente en estas instancias donde se pueden cometer también graves errores, como resultado de una mala interpretación del caso, es decir, la doble instancia no es una garantía de la corrección de los errores o arbitrariedades de las resoluciones. Por el contrario, si tuviéramos esa garantía se podría entender la naturaleza fundamental de dicho derecho, a pesar de la demora de los procesos, siempre y cuando tuviéramos la probabilidad cierta de tener un fallo más correcto o más justo. Pero ello, desde que el superior conoce un fallo incorrecto no siempre lo corrige, al poderlo confirmar. A nadie sorprende que incluso un fallo correcto

pueda ser modificado por el superior, con lo que la posibilidad de error puede materializarse no en la primera instancia, sino en vía de apelación.

El derecho a una pluralidad de instancia no tiene las características de un derecho fundamental, sino, como sostiene Chamorro Bernal, es un derecho de naturaleza legal.

Para Merino (s/f) debemos entender que un proceso sustentado en una sola instancia no imposibilita la debida defensa de cada parte, o su derecho a poder producir prueba, ni a ser informado de la naturaleza y causas de la demanda o acusación planteada en su contra, ni a la debida motivación de resoluciones judiciales (esta es una exigencia que siempre se debe cumplir, precisamente para evitar sentencias arbitrarias o que vulneren de modo evidente y grosero derechos fundamentales) y más bien favorece al derecho de cada persona a que las decisiones judiciales se emitan en un plazo razonable.

Tan es que el derecho a la pluralidad de instancia no es un derecho fundamental que, por ejemplo, en España es un derecho de naturaleza legal, la adopción de este principio es solo una opción —pudiendo prescindirse de este—. De la misma opinión es Juan Monroy Gálvez, al ser citado por Eugenia Ariano (2010). Como lo hace ver Juan Monroy Gálvez, los ordenamientos procesales contemporáneos deben ser diseñados para afrontar los problemas generados por la exigencia masiva de justicia por parte de las mayorías, casi desvalidas e incapacitadas para solventar un proceso largo. Es a lo que hemos hecho referencia líneas arriba, en el sentido que la pluralidad de instancia puede no ser un derecho que facilite el acceso a la justicia e incluso no garantice un resultado justo.

Ciertamente el hecho de que exista una sola instancia tampoco garantiza un resultado justo, y aquí Ariano Deho citado por Merino (s/f) manifiesta lo siguiente: «Ningún derecho procesal de las partes estaría asegurado si es que el juez actuara en el convencimiento de que sus resoluciones no podrían ser controladas».

### **2.8.6. Derrotabilidad del principio de pluralidad de instancias y su análisis lógico**

Para Ronald Dworkin los principios tienen un sentido, esto es, sirven a ciertos propósitos y valores que no solo forman parte también del Derecho, sino que tienen una cierta primacía frente a las reglas por medio de las cuales se trata de implementarlos. Esta primacía se traduce en que el significado y alcance de las reglas debe interpretarse fundamentalmente a la luz de estos valores y propósitos, en que las exigencias que se derivan de los mismos pueden justificar introducir excepciones a las reglas que estas no prevean –esto, que esas reglas resulten derrotadas– y también en que valores y propósitos posibilitan determinar qué sea lo jurídicamente debido en casos respecto de los cuales las reglas guardan silencio o estipulan deberes incompatibles (Atienza, 2009: 229).

Para la corriente principal de la filosofía del Derecho contemporánea, el ver el Derecho como una estructura de dos niveles parece ser hoy día un elemento asumido por toda esta corriente principal. Y también parece comúnmente asumido que el primero de esos niveles está integrado por reglas que resultan derrotables por consideraciones derivadas de los valores y propósitos –o, por decirlo más sumariamente, de los principios– que integran el segundo nivel (Atienza, 2009: 230).

Pues hay razones para entender que el Derecho no está compuesto solo por reglas, sino también por los valores y propósitos (esto es, por los principios, en sentido amplio) explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven. Y esas mismas razones apoyan entender, asimismo, que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios. La más importante de esas razones es la siguiente: si partiésemos de una imagen del Derecho como compuesto exclusivamente por reglas no tendríamos de mecanismo alguno para evitar que el conjunto de las decisiones fundadas en Derecho (aun las fundadas en las mejores reglas concebibles, servidas por los mejores aplicadores que quepa imaginar) presentase un cierto número de graves anomalías valorativas. Y ello porque ningún legislador, por no ser omnisciente, puede prever todas las combinaciones de propiedades que puedan presentar los casos futuros, lo que implica que, por cuidadoso que sea en el diseño de los casos genéricos, no pueda nunca evitar por

completo los fenómenos, subrayados por Schauer, de la suprainclusión y de la infrainclusión. Esto, es de incluir en el ámbito de aplicación de las reglas, casos que no debieran estar incluidos a la luz de los propios valores y propósitos subyacentes a las reglas de que se trate y de no incluir en ese mismo ámbito de aplicación casos que sí debieran estar incluidos a esa misma luz. Pero, por otro lado, un modelo de adopción de decisiones basado exclusivamente en principios o, si se prefiere decirlo así, que no pudiera recurrir a otra cosa, para fundamentar las decisiones, más que a valores y a propósitos, multiplicaría los costes de las decisiones, volvería a éstas más difícilmente previsibles y sería incompatible con la lógica de la división de poderes (Atienza, 2009: 234-235)

Para hablar de la «derrotabilidad» según Rodríguez y Sucar (1998: 406-407) en relación con el derecho puede hacerse en cualquier de estos sentidos:

1. La interpretación que se le atribuye a un enunciado normativo en un cierto momento puede ser diferente a la que se le atribuye a otro momento, de modo que la norma que él expresa pase a comprender casos que antes no quedaban comprendidos o deje de resultar aplicable a casos antes comprendidos.
2. Puede promulgarse en el sistema nuevos enunciados normativos que desplacen a la solución normativa establecida para un caso al introducir excepciones antes no contempladas.
3. El contenido conceptual de un enunciado normativo no puede precisarse sin tomar en cuenta el contexto en el que se lo formula. Otros enunciados del sistema pueden permitir advertir excepciones respecto de la norma por él expresada.
4. Los enunciados normativos están siempre sujetos al problema de la textura abierta del lenguaje, por lo cual resulta ineliminable un grado mayor o menor de incertidumbre respecto a la aplicabilidad de una norma respecto de un caso particular (Hart, 1948; Kelsen, 1960).
5. Al legislar, una autoridad normativa no puede considerar más que los ca-

tos normales, pero siempre puede pensarse en casos reales o imaginarios atípicos que merezcan por ello una solución diferenciada. Por eso las obligaciones y derechos consagrados en las normas generales deben entenderse como sujetos a excepciones implícitas (Hart, 1948).

6. Al ser el uso primario de los conceptos jurídicos adscriptivo y no descriptivo (esto es, que no pueden validarse en función de la información fáctica venida en su apoyo) no puede por consiguiente encuadrarse los hechos dentro del alcance de estos en términos de condiciones necesarias y suficientes. Por ello un juez, al calificar una situación mediante un concepto jurídico, como por ejemplo el de «contrato», posee un margen ineliminable de discrecionalidad. Él no describe el hecho de que algo es un contrato en función de ciertas características empíricas identificables, sino que adscribe que algo es un contrato (Hart, 1948; Kelsen, 1960).
7. La norma general que un órgano jurisdiccional invoca como fundamento de validez de la creada por él para la resolución de un caso, no solo sirve para convalidar esa norma individual efectivamente adoptada, sino también toda una clase de soluciones igualmente válidas (Kelsen 1960; Vernengo 1971).
8. Para determinar si alguien está obligado a hacer algo en un caso particular, es menester describir la situación en la que se encuentra. Diferentes descripciones pueden determinar diferencias en la calificación normativa. Como no hay una descripción que pueda considerarse «verdadera» o «completa», siempre es posible que una situación en la que se cree que el sujeto tiene una obligación, contenga además alguna particularidad que vuelva operativa una excepción.
9. En el punto anterior se supone información completa. Pero nuestra información acerca de la realidad es siempre incompleta. Cuando formulamos juicios normativos respecto de casos particulares, solo podemos emitir juicios derrotables puesto que mayor información podría derrotarlos.
10. Cualquier reclamo formulado ante un juez en base a los dispuesto por una

norma general puede ser derrotado por la contraparte si ella demuestra que en el caso en cuestión concurre una excepción que también encuentra apoyo en una disposición del sistema (Farrell, 1983).

Para Dworkin (1977) una regla puede tener excepciones, pero un enunciado preciso de ella tendría en cuenta la excepción y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto y en teoría para él no hay razón por la que no se puedan agregar todas, y cuantas más haya, más preciso será el enunciado de la regla. Los principios, en cambio, no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Los casos en los que el principio no se aplica no son para Dworkin en verdad excepciones «porque no podemos esperar que esos ejemplos en contrario queden incluidos en un enunciado más extenso del principio». Ni siquiera en teoría están sujetos a enumeración, pues habría que incluir no solo aquellos casos ya previstos por instituciones existentes, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido. Su enumeración podría «agudizar nuestra percepción del peso del principio, pero no proporcionaría un enunciado más completo ni exacto del mismo (Rodríguez, 1997: 153-154).

Según Alexy (1986) los principios ordenarían que algo debe ser realizado en la mayor medida de lo posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contendría mandatos definitivos sino solo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se inferiría que lo que el principio exige para ese caso valga como resultado definitivo. Los principios presentarían razones que puedan ser desplazadas por otras razones opuestas, careciendo de contenido de determinación con respecto a principios contrapuestos y a las posibilidades fácticas (Rodríguez, 1997: 154-155).

La diferencia entre la regla y el principio radicaría en que el conjunto de excepciones en la primera está cerrado, mientras que el conjunto de excepciones en la segunda se halla abierto a nuevas excepciones si concurre nueva información, nuevas normas, nuevas creencias que permitan alterar las prioridades entre normas (Hage y Peczenik, 1999 citado por García, 2003: 204). El mismo García (2003: 205) nos habla que a este fenómeno se ha hecho referencia de modos diversos por

diversos autores, así es conocida la metáfora según la cual los principios presentan una «dimensión de peso o importancia (citando a Dworkin, 1984), pero también se ha dicho, por ejemplo, que en caso de conflicto entre los diversos principios rige una «jerarquía móvil» (citando a Guastini, 1996) que puede alterar la prioridad que confiera primacía a un principio y también que la revisión del principio a la luz de las nuevas excepciones es a su vez revisable, esto es, los principios no son susceptibles de «revisiones estables» (citando a Celano, 2002).

La enumerabilidad no exhaustiva *ex ante* de las excepciones, la *jerarquía móvil* o la *inestabilidad de las revisiones* de los principios iusfundamentales han sumido a los juristas en una cierta perplejidad, una sensación de «impredictibilidad» en relación con los principios que tiene gran trascendencia política (García, 2003: 205).

#### **2.8.6.1. El condicional derrotable**

Los principios como ya se dijo, a diferencia de las reglas «configuran el caso de manera abierta», esto es, se encuentran sujetos a excepciones implícitas. Por esto representamos a los principios utilizando, en reemplazo de un condicional generalizado, condicionales derrotables que se simboliza como «>», que tienen la forma « $p > q$ ».

Los condicionales derrotables son conectivas debilitadas respecto del condicional material ( $\rightarrow$ ), que no satisfacen ni la ley del refuerzo del antecedente ni el *modus ponens*. Con ello, la pérdida del poder inferencial al emplear esta conectiva es de tal magnitud que en realidad no parece sostenible en base a este tipo de enunciados efectuar inferencias respecto de ningún caso particular (Rodríguez, 1997: 161).

La no satisfacción del refuerzo del antecedente lo explica von Wright (1996, citado por Navarro y Rodríguez, 2000: 68):

Si *p por sí misma* implica *q*, entonces la conjunción del antecedente (“*p*”) con *cualquier* proposición diferente de él también implica *q*. La operación de pasar de “si *p* entonces *q*” a “si  $p \wedge$  entonces *q*” es denominada la operación del refuerzo del antecedente.



Si  $p$  por si misma *no* implica  $q$ , el condicional que dice que si  $p$  entonces  $q$  se denomina *derrotable*. Un condicional derrotable no permite (de manera irrestricta) la operación del refuerzo del antecedente.

Por tal razón, decimos que un condicional derrotable no satisface la ley del refuerzo del antecedente porque existen circunstancias relevantes que no han sido expresamente formuladas. Por más que añadamos nuevas condiciones en el antecedente, sigue valiendo el consecuente (García, 2003: 204).

### 2.8.6.2. Excepción a la regla en virtud de un principio

Consideramos ahora el caso de la introducción de una excepción en una regla en virtud de un principio. Ambas normas deberán consagrar soluciones normativas lógicamente incompatibles. Por ejemplo:

$$N_1 : p \rightarrow Oq \quad (2.1)$$

$$N_2 : p \vdash P\neg q \quad (2.2)$$

Y a fin de que  $N_2$  –un principio– justifique una excepción en  $N_1$  –una regla–, debería además darse preferencia a la solución normativa consagrada en  $N_2$  sobre la que se deriva  $N_1$  para el caso de conflicto entre ambas. Aunque una regla y un principio consagren soluciones normativas lógicamente incompatibles, pueden pese a ello coexistir en un sistema normativo sin entrar en conflicto. En (1) y (2) tenemos dos normas que regulan el mismo supuesto de hecho, pero la consecuencia lógica deóntica de la primera es *obligar  $q$* , mientras que en la segunda *permite no  $q$* .

### 2.8.6.3. Los conflictos normativos

Un conflicto normativo –una «antinomía»– es la situación en la que dos normas ofrecen dos soluciones diversas e incompatibles a la misma controversia concreta o a la misma clase de controversias. Como vimos en (1), concede al supuesto de hecho  $p$  la consecuencia jurídica  $Oq$  (si  $p$  entonces  $Oq$ ), mientras en (2) concede al mismo supuesto de hecho  $p$  la consecuencia jurídica  $P - q$  (si  $p$  entonces  $P - q$ ).

Ahora la distinción fundamental a introducir es aquella entre dos tipos de conflictos: conflictos «en abstracto» (o necesarios) y conflictos «en concreto» (o contingentes). Generalmente, los conflictos «en abstracto» son por lo general escasos, mientras los conflictos «en concreto» son más frecuentes.

### **Conflictos *en abstracto***

Según Guastini (2007: 632) Un conflicto «en abstracto» se produce, cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hechos –o si se quiere, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias– que se sobreponen (en todo o en parte) desde el punto de vista conceptual. Un conflicto de este tipo puede ser identificado por vía de interpretación textual «en abstracto», es decir, haciendo abstracción de cualesquier supuesto de hecho concreto, sobre cualquier controversia particular.

Por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto; una segunda norma, consiente el aborto terapéutico. De ello se sigue que el aborto terapéutico está prohibido, en cuanto aborto de la primera norma; pero está permitido desde la segunda. Pues bien, el conflicto entre estas dos normas puede ser identificado «en abstracto» –esto es sin referencia a algún supuesto de hecho concreto– desde el momento en que la clase de los abortos terapéuticos están conceptualmente incluidos en la clase de los abortos sin ninguna especificación.

### **Conflictos *en concreto***

Para el mismo Guastini (2007: 632) un conflicto «en concreto» se produce cada vez que –al momento de la aplicación del derecho en un caso concreto– se observa que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles al mismo caso concreto. Esto ocurre cada vez que un supuesto de hecho concreto recae simultáneamente en dos clases de supuestos, pero independientes desde el punto de vista conceptual, por lo que el Derecho establece consecuencias jurídicas incompatibles. Un conflicto de este tipo no puede ser identificado sino con ocasión

de la aplicación de las normas en cuestión a un caso particular al cual ambas se revelan aplicables.

Por ejemplo: una primera norma establece “los ciudadanos deben pagar los impuestos”; una segunda norma establece, a su vez, “ningún impuesto es debido por los desocupados”. Pues bien, las dos clases de supuestos, “ciudadanos” y “desocupados”, son del todo independientes desde el punto de vista conceptual: la existencia como también la inexistencia de ciudadanos desocupados es absolutamente contingente. La clase de los ciudadanos desocupados podría muy bien ser inútil: podemos imaginar una situación de pleno empleo, como también una situación en la que solo los extranjeros inmigrantes están desocupados. En este sentido, el conflicto entre la dos normas no es «necesario»: ningún conflicto se presenta hasta que se trata de decidir el caso de un ciudadano ocupado o de un extranjero desocupado. El conflicto no nace sino hasta cuando se trata de decidir el caso de un ciudadano desocupado, ya que un sujeto tal pertenece, al mismo tiempo, a la clase de los «ciudadanos» y a la clase de los «desocupados».

Otro ejemplo: una norma establece que el automóvil se debe detener frente al semáforo rojo; otra norma prohíbe detener el automóvil frente a las instalaciones militares. Los dos supuestos (semáforo rojo e instalación militar) no guardan ninguna relación conceptual, y por tanto no entran en conflicto «en abstracto». No obstante, el conflicto nace si alguien de facto sitúa un semáforo en los alrededores de una instalación militar. Los conflictos «en abstracto» dependen por tanto de la estructura conceptual del lenguaje legislativo; los conflictos «en concreto» dependen, en cambio, de aquello que ocurre en el mundo.

#### **2.8.6.4. El conflicto entre principios**

Para hablar de este tipo de conflictos nos remitiremos al trabajo de Guastini (2007) el que nos expresa claramente los conflictos entre principios constitucionales que, –también a causa de la pluralidad de valores incorporados en todas las constituciones contemporáneas– son muy frecuentes. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones: el conflicto entre la libertad de expresión y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, etc).

Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos fundamentales de los usuarios de dichos servicios. En verdad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar uno u otro principio constitucional, se convierte en una limitación de algún derecho constitucional de los ciudadanos mismos y, por tanto, entra en conflicto con algún (otro) principio constitucional.

Por lo demás, según algunos autores, todo principio está, por definición y, por consiguiente, necesariamente, en conflicto con otros principios: en resumen, el estar en conflicto con otros principios, es un rasgo definitorio de los principios, que forma parte del concepto mismo de principio. De ello se sigue que, en toda controversia en la que sea aplicable un primer principio  $P_1$  existirá siempre al menos un segundo principio  $P_2$  que será igualmente aplicable y que resulta incompatible con  $P_1$ .

Por tanto, generalmente hablando, todo conflicto entre principios constitucionales presenta los siguientes caracteres:

1. En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que, de ordinario, emanan en el mismo momento.
2. En segundo lugar, se trata de un principio entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho.
3. En tercer lugar, se trata de un conflicto «en concreto».
4. En cuarto lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral.

Todo ello tiene importantes consecuencias. Los conflictos entre principios constitucionales, no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos. No se puede utilizar el criterio “lex posterior”, porque los dos principios son coetáneos. No se puede emplear el criterio “lex superior”, porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio “lex specialis”, porque, las dos clases de hechos regulados por los dos principios se entrecruzan.

### 2.8.6.5. La ponderación

Pues bien, la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que se suele llamar «ponderación» o «balance». La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto.

1. Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: «el principio  $P_1$  tiene mayor valor que el principio  $P_2$ ». Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un «peso», una «importancia» ético-política mayor respecto al otro. Por consiguiente, el principio que tiene «mayor valor» prevalece sobre el otro: este es aplicado, mientras el otro es acantonado. Si observamos: los criterios de solución de los conflictos «lex posterior» y «lex superior» no tienen ningún rol en esta representación. El principio que sucumbe, si bien acantonado, no aplicado, no es declarado nulo, abrogado o inválido. En otras palabras, este queda «en vida», en vigor, en el sistema jurídico para ser aplicado a las demás controversias. La ponderación, por tanto, no es una «conciliación». No consiste en «poner de acuerdo» los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de «equilibrio» entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado.
2. Una jerarquía móvil, de otro lado, es una relación de valores móvil, mutable: una jerarquía que vale para el caso concreto (o para una clase de casos), pero que podría ser revertida —y que a menudo es revertida— en un caso concreto diverso. El hecho es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no evalúa el «valor» de los dos principios «en abstracto», de una vez por todas. No instituye, entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente. Tampoco aplica —como también podría— el criterio «lex specialis», decidiendo que uno de los dos principios haga excepción del otro siempre

y en todas las circunstancias. El juez se limita a valorar la «justicia» de la consecuencia de la aplicación de uno u otro principio en el caso concreto. El conflicto por tanto no es resuelto definitivamente: cada solución vale solo para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia futura.

#### **2.8.6.6. El conflicto entre principios: pluralidad de instancias y principio de autodeterminación**

En nuestra investigación hemos reducido el tratamiento a dos de los principios que aparentemente entran en confrontación, estos son, el principio de pluralidad de instancias y el principio de autodeterminación libre y voluntaria de las partes en el proceso arbitral. Y, las reglas involucradas consisten en el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 y el artículo 361 del Código Procesal Civil.

#### **El no conflicto «en abstracto» del principio de pluralidad de instancias**

El contenido normativos de los principios establecerían lo siguiente:

$N_3$ : Si hay una resolución que pone fin a la instancia, entonces está permitido impugnarla ante una segunda instancia que se pronuncie sobre el fondo.

$N_4$ : Si se está durante un proceso arbitral y siempre que no se vulneren derechos fundamentales posteriormente, entonces está permitido renunciar a impugnar ante una segunda instancia que se pronuncie sobre el fondo.

Esquematiéndolos tenemos:

$$N_3 : p \vdash Pq \tag{2.3}$$

$$N_4 : r \vdash P\neg q \tag{2.4}$$

En donde  $p$  denota a la resolución que pone fin a la instancia, y  $Pq$  la permisión

de impugnarla ante la segunda instancia, que son los supuestos contenidos en  $N_3$ ;  $r$  denota el supuesto de hecho contextual de un proceso arbitral y  $P\text{-}q$  la permisión de renunciar a la segunda instancia, como lo encontramos señalado en  $N_4$ .

El conflicto existente entre el principio de la pluralidad de instancia y el principio de la determinación libre y voluntaria de las partes en el proceso arbitral, no se expresa de forma manifiesta y podríamos decir, aparentemente, en este sentido que no existe un conflicto entre ambas. Pero un análisis más exhaustivo nos lleva a vincular a estas normas y relacionar entre los supuestos de hecho generales que regulan. Por un lado, la primera, es clara –aunque indeterminada– en establecer la posibilidad de las partes de recurrir voluntariamente en apelación a una segunda instancia ante la presencia de disconformidad frente al laudo; por otro lado, la segunda, establece que puede o está permitido configurarse en el proceso arbitral la presencia de una segunda instancia a través de apelación. Notamos que no existe si no una relación entre las consecuencias lógico jurídicas en recurrir en apelación a una segunda instancia, pero hay una diferencia conceptual entre los supuestos de cada norma. En una se tiene como supuesto la existencia de un laudo –o más generalmente, una decisión que pone fin a la instancia–, en la otra se tiene un supuesto anterior a la existencia de un laudo que permite pactar el acceso a una segunda instancia en apelación. Aquí no tenemos ningún conflicto «en abstracto» porque no existe ninguna contradicción entre sus consecuencias, ni tampoco existe una relación total entre los conceptos de sus supuestos, por lo que hablaríamos de la existencia de una compatibilidad «en abstracto» y no un conflicto, dado que, si existe una configuración previa de las partes en acuerdo de acceder a una segunda instancia por apelación, correspondería exactamente a lo establecido por el principio de pluralidad de instancias. En abstracto, no hay conflicto alguno entre estos principios.

### **El conflicto «en concreto» del principio de la pluralidad de instancias**

A la vez estos principios están en relación con las reglas siguientes:

$N_5$ : Si estamos ante una resolución que pone fin a la instancia y si no se trasgrede el orden público, buenas costumbres o norma imperativa, entonces está permitido que las partes convengan la renuncia a impugnar ante una segunda instancia que se pronuncie sobre el fondo.

(Art. 361 CPC).

$N_6$ : Si hay un laudo, entonces está prohibido impugnar ante una segunda instancia que se pronuncie sobre el fondo.

(Art. 62 DL 1071).

Esquematiéndolos tenemos:

$$N_5 : s \wedge \neg(o \wedge b \wedge n) \rightarrow P\text{-}i. \quad (2.5)$$

$$N_6 : t \rightarrow Phi \quad (2.6)$$

Donde,  $s$  representa el supuesto de estar ante una resolución que pone fin a la instancia y  $o$ ,  $b$  y  $n$  las excepciones: trasgresión al orden público, buenas costumbres o norma imperativa, respectivamente;  $P\text{-}i$  la consecuencia que consiste en la permisión de renunciar de impugnación ante una segunda instancia, constituidos en la  $N_5$ . La  $t$  representa a la existencia de un laudo, y  $Phi$  la prohibición de impugnarla ante una segunda instancia que revise el fondo del asunto, como lo establece  $N_6$

Si tenemos que el principio de pluralidad de instancias no encuentra conflicto alguno con el principio de determinación voluntaria de las partes en el proceso, lo es también por la relación que existe entre el principio y la regla establecida en el artículo 361 del Código Procesal Civil, que nos llevaría a afirmar que este artículo es el correlato positivo, una configuración legal de nuestro segundo principio, que permite solucionar la controversia a las partes como mejor crean conveniente, incluso renunciando voluntariamente a la posibilidad de recurrir a una segunda instancia.

Esto es en consideración a que el dispositivo legal vinculado con el principio



de determinación de las partes del proceso arbitral, nos traslada a la idea de un «proceso normal», en un mundo ideal del proceso en el que existe una completa observación de las reglas, en el que se preestablece o presupone que cualquier renuncia basada en una norma jurídica, que a la vez es permitida por un principio, se lo hace en un contexto de salvaguarda y garantía de todos los derechos fundamentales que componen el sistema jurídico. Dado que, si no existiera este contexto de garantía, la renuncia sería impracticable, pues se renunciaría a recurrir a una segunda instancia que imposibilita garantizar otros derechos fundamentales —léase, debido proceso—.

El artículo 361 reconoce esta salvedad y admite el contexto al condicionar la admisión de la renuncia a que siempre la pretensión discutida sea renunciable y no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa. Haciendo una interpretación mucho más extensiva de este norma legal que compatibiliza con el proceso arbitral y su principio de libre determinación de las partes en dicho proceso, la renuncia a recurrir a una segunda instancia quedaría sin efecto después de su admisión cuando exista una afectación posterior al orden público, las buenas costumbres o norma imperativa. Como se demuestra en esta investigación, la renuncia quedaría sin efecto si se vulnera un principio del debido proceso, y adquirirá nuevamente «peso» el principio de pluralidad de instancias. Lo que nos lleva a hablar nuevamente de un conflicto, ya no «en abstracto» sino más bien «en concreto». Si bien no existe, como lo vimos en el punto anterior, un conflicto «en abstracto» entre los dos principios, puede, y efectivamente existe, un conflicto «en concreto» si una vez compatibilizados los dos principios incluimos en nuestro sistema la presencia de una regla o norma jurídica que permita la renuncia al acceso a una segunda instancia a través de apelación.

Hemos supuesto que las partes en virtud del principio de poder determinar el acceso a una segunda instancia a través de una apelación corresponde «en abstracto» con el principio de la pluralidad de instancias, pero suponiendo que en nuestro sistema una vez incluido nuestra norma legal (Artículo 361) entonces podría dejarse de aplicar o dejar de lado el principio de pluralidad; el principio es *derrotado* por el otro principio en el caso en concreto. Pero bajo ningún supuesto

nos atreveríamos a decir, debido a que existe un conflicto «en concreto» entre el principio que *derrota* y el principio *derrotado*, que también existe un conflicto «en abstracto», ya que el conflicto «en concreto» depende exclusivamente, una vez admitida la renuncia a impugnar, a la posibilidad de concurrir causas no contempladas *ex ante* a su admisión, que imposibilitarían poder sostener dicha renuncia.

Por lo que, solo «en concreto» (a través de la renuncia), el principio de la libre determinación de las partes en el proceso que *derrota* se vería a la vez *derrotado* «en concreto» (por la concurrencia posterior de causas que invalidan la renuncia) por otros de principios distintos dejados de lado válidamente por los mismos sujetos intervinientes en el desarrollo de la litis, y tendríamos otra vez la posibilidad de aplicar el anteriormente *derrotado* principio de la pluralidad de instancias.

Mayoritariamente quienes analizan la derrotabilidad del principio de la pluralidad de instancias lo hacen en un plano abstracto, en el que vinculan todas nuestras normas explicitadas, y no hallan ninguna contradicción entre ellas, por no encontrar una relación directa entre sus supuestos pero sí en la relación entre sus consecuencias; la regla del Decreto Legislativo niega la posibilidad de poner en juego al principio de la pluralidad ante una resolución que pone fin a la instancia, pero admiten a la vez que esta inaplicación o derrotabilidad solo es aceptada en el sentido que somos capaces de introducir en el mismo juego otro principio propio del arbitraje que es el de libre determinación de las partes en el proceso, que encuentra sustento en el artículo del 361 Código Procesal Civil. Por esta razón, la naturaleza especial del arbitraje.

Al parecer un análisis «en concreto» es mucho más relevante. Lo anteriormente señalado, tiene un similar tratamiento lógico con el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, con la diferencia que en el artículo 361 del Código Procesal Civil permite una renuncia *prima facie* al principio de pluralidad de instancias, y el artículo 62 prohíbe recurrir a una segunda instancia a través de apelación. La intervención del principio de libre determinación de las partes en el proceso arbitral está presente también aquí, porque si bien, el artículo 62 expresamente prohíbe la interposición de recurso distinto al de anulación al establecer que:

[...] Contra el laudo solo 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.

No existe una prohibición legal de poder pactar que ante la disconformidad en algún extremo del laudo cualquier de las partes interesadas pueda interponer un recurso de apelación para hacer valer su derecho ante una segunda instancia. Por principio las partes pueden configurar la existencia de una o más instancias en el proceso arbitral al que se someten. El artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, no afectaría el principio de libre determinación de las partes en la configuración del proceso arbitral en el que se involucrarán o en el que ya se encuentran constituidos como elementos subjetivos, y lejos de contradecir el mencionado principio las reglas contenidas en el Decreto Legislativo estaría estructurado en total conformidad con el mismo.

Por lo tanto, un análisis «en abstracto», como vimos, nos lleva a relacionar el principio de determinación de las partes y al principio de pluralidad de instancias y encontrar relaciones conceptuales si bien no de manera total en los supuestos de cada norma, sí en sus consecuencias lógicas jurídicas. A la vez el artículo 361 del Código Procesal Civil, que es la configuración legal del principio de determinación, le sirve de fundamento y directriz al proceso arbitral, al poder las partes acordar la posibilidad de recurrir a una segunda instancia en apelación. Y así, a simple vista concluiríamos que ninguna norma del proceso arbitral contradice al principio de pluralidad de instancias.

Sin embargo, el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 al ser una regla esta es *inderrotable, determinada, y concreta*, y las excepciones que pueda establecer las encontraríamos en su contenido normativo de manera taxativa o si identificamos por interpretación a través de las mismas normas pertenecientes a su sistema. A gran diferencia del artículo 361 del Código Procesal Civil es una regla *derrotable*, porque es la configuración legal del principio de determinación de las partes que no descuida en establecer las excepciones a una renuncia admitida *prima facie*, a saber, la vulneración al orden público, las buenas costumbres o norma imperativa, lo que la convierte en una norma *indeterminada* con espacios en blanco que pueden ser completados en verificación con las cosas o estado de cosas no iden-

tificables *ex ante*. Vemos pues, que existe una diferencia sustancial entre la regla del proceso arbitral y la regla del proceso civil.

El que las partes en un proceso arbitral no configuren o acuerden, antes o durante el desarrollo del proceso arbitral, sobre la posibilidad de recurrir a una segunda instancia a través de una apelación contra el laudo, lo hacen en virtud de la aplicación del principio de determinación. El no acordar esto último no significa rechazar en el caso en concreto a este principio. Pero, al ser este un principio en el que se necesita de un acuerdo concurrente entre por lo menos dos de las partes, el no llegar a un acuerdo rechazaría de forma inmediata en el proceso arbitral su aplicación, negando de esta manera la posibilidad de recurrir a un medio o mecanismo que vuelva a poner en juego o active al principio de pluralidad de instancias. No habiendo acuerdo basado en el principio de determinación, entonces el principio es *derrotado* por el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071. Luego, el principio de pluralidad de instancias es *derrotado* también por el mismo artículo. No hay duda que así tengamos en cuenta cualquier principio como elemento del debido proceso, y las partes no lleguen a un acuerdo en la configuración de las instancias, estos serán derrotados por la regla contenida en el artículo 62. Lo que nos hace concluir que existe un conflicto «en concreto» del principio de pluralidad de instancias con el artículo 62.

De esta manera somos capaces de dar cuenta que el principio de la determinación de las partes que configura el proceso arbitral cumple una función de puente, una vez que es dejado de lado por desacuerdo, niega toda posibilidad de entrar en contexto al principio de pluralidad de instancias, de ser colocado en el orden jerárquico por encima de las reglas e impide otorgar un «peso» relevante para su aplicación. Sea cual fuere el principio que se pueda vulnerar dentro del proceso arbitral, la justificación de esta vulneración estará siempre en que el puente que pudo ser construido por las partes para llegar a los principios constitucionales a través de sus acuerdos se encuentra *derrumbado* –derrotado–, por su propia voluntad. Por tanto, la posibilidad de acudir ante un órgano de revisión del contenido irregular o atentador de derechos de alguna de las partes, se encuentra negado a través de la regla, y esta última nos remite en todo momento a los principios especiales

del proceso arbitral de configuración legal, a pesar de que pueda evidenciarse en el caso en particular que debamos recurrir a los principios constitucionales derrotados –principios que informan que el procedimiento no puede ser cualquiera, sino que debe ser el debido; para ser el «debido» tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable para participar con utilidad en el proceso; esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente o conocimiento de la causa y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia, ser oído, motivación de las resoluciones, derecho a ser oído, entre otros– (Campos citado por Ticona, 1999).

## **2.9. La instancia única**

La instancia múltiple y la instancia única, tiene decididos partidarios y, aún no se ha agotado la discusión entre ellos. Los argumentos en pro y en contra son equivalente y llega un momento en que habría que buscar argumentos racionales, de conveniencia social, de utilidad o de política procesal para tomar partido por una de estas dos posiciones (Ticona, 1999: 138). «Cabe comprender que la instancia única, el juzgamiento singular, no garantiza plena y efectivamente la tutela judicial efectiva al no permitir que la justicia o injusticia de una decisión judicial sea convalidada o corregida, según sea el caso. Solo en la antigüedad en que la concepción de la justicia estaba sacralizada, el fallo de dios no podría ser recurrido pues por encima de este no había nadie». Hoy se entiende que «la justicia, lamentablemente, no es un acto divino sino una obra humana y por lo tanto susceptible de errores», pero este no es el principal argumento que persiguen quienes creen políticamente como jurídicamente hablando de preferir una instancia única a una que es plural, porque por otro lado «la instancia plural no es capaz de evitar todos los errores judiciales y posibilite siempre el acceso a la justicia, «sino que la instancia plural permite una aproximación a ello siendo, por tanto, solo un cálculo de probabilidades», y es en este cálculo que se establece que la única instancia será deseada cuando la celeridad predomine en beneficio de los errores a los que se pueda incurrir (Ticona, 1999: 139).

Como lo anota Couture (1973) citado por Quiroga (2003: 79-80) «en un primer momento, en una concepción rudimentaria de la justicia, la celeridad gana paso a la certeza, pero cuando el proceso se moderniza y se hace actual la pretensión de celeridad cede paso a la certeza judicial, posibilitándose la desdeificación del fallo judicial y la posibilidad de su ulterior revisión».

En España, siguiendo a Montero Aroca (2000) citado por Urdaneta (2011: 18) se ha suprimido la segunda instancia en los procesos judiciales laborales, y en consecuencia, la sentencia definitiva que se dicta en primera instancia no es susceptible de ser atacada a través del recurso ordinario de apelación, sino que en contra de dicha decisión solo proceden los recursos extraordinarios como el de suplicación y casación, es decir que se tramita en instancia única:

El proceso laboral se ha basado tradicionalmente en el sistema de instancia única, frente al de doble instancia propio del proceso civil. Las razones para ello son dos: 1) El deseo de lograr un proceso breve y simple, y 2) El principio de oralidad en la instancia que dificulta extraordinariamente la existencia de una segunda. Lo anterior supone que en el proceso laboral no ha existido ni existe recurso ordinario y, especialmente, que no se regula un recurso de apelación, sino que existen solo recursos extraordinarios.

En el mismo sentido anterior se pronuncian Alonso Olea, Miñambres Puig y Alonso García, refiriéndose a la Ley de Procedimiento Laboral Española:

Al ser única la instancia no existe apelación o segunda instancia, ni el recurso correspondiente; aparte de las dilaciones que este acarrearía, con el sistema oral no cabe más que una instancia, porque el juicio no puede repetirse dos veces, y el segundo juicio vendría a ser la falsificación del primero. Por ello las decisiones que se dictan en única instancia, solo se impugnan ante los respectivos superiores a través de recursos extraordinarios, esto es, procedentes solo en casos concretos y por motivos tasados legalmente, sin repetición del juicio.

## **2.10. La instancia única: El arbitraje**

Para Talero (2009: 213) El arbitraje es el mecanismo, por excelencia, para la solución de controversias en el ámbito de los negocios internacionales. Cuando las partes pactan la sujeción de sus controversias, actuales o futuras, al arbitraje, renuncian a dirimir dichas diferencias ante los jueces pertenecientes al aparato jurisdiccional del Estado. De este modo, las partes, en desarrollo de su libertad contractual, optan por acudir a un mecanismo ágil, especializado y de única instancia para zanjar sus diferencias de manera definitiva y vinculante.

La celeridad del mecanismo arbitral depende, necesariamente, de su carácter de única instancia. Cuando el laudo arbitral se encuentra sujeto a apelaciones o revisiones judiciales de fondo, el distintivo de celeridad pierde su razón de ser, ya que las partes terminan afrontando las instancias judiciales que son propias de los procesos ordinarios. Además, la búsqueda de una decisión, proferida por un panel de árbitros especializados en las materias o controversias correspondientes, queda en entredicho, por cuenta de la necesaria revisión de fondo que el juez de la sede del arbitraje efectúa sobre los méritos o fondo del respectivo laudo. Esta situación, en últimas, implica que sea este juez quien resuelva definitivamente las diferencias entre las partes, haciendo primar su criterio sobre el criterio arbitral que las partes, precisamente, habían pretendido obtener para efectos de contar con una decisión pronta y especializada (Talero, 2009: 213).

La naturaleza del arbitraje, como un mecanismo de única instancia para la solución de controversias, no siempre ha contado con adeptos en el plano internacional, pese a la aparente claridad con la cual han florecido las instituciones rectoras de esta disciplina jurídica. Históricamente, se ha pretendido la intervención de la justicia ordinaria de los Estados para revisar si el contenido de los laudos arbitrales consulta o no la legislación sustancial o la jurisprudencia vigente en el respectivo Estado. Asimismo, se han presentado iniciativas tendientes a exigir el control judicial de fondo de los laudos arbitrales en la sede del arbitraje, tratándose de controversias contractuales en las cuales participan determinados tipos de sujetos. También se ha abierto camino la posibilidad de cuestionar la validez de los

laudos arbitrales por razones de constitucionalidad.

En últimas, la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales plantea el interrogante acerca de la estabilidad del derecho arbitral y de la necesaria autonomía que requieren los tribunales arbitrales para desarrollar la misión que las partes les confieren mediante un pacto o convenio arbitral.

Por supuesto, el arbitraje no es un mecanismo completamente autónomo frente a la justicia ordinaria; su validez y eficacia dependen de la asistencia suministrada por los jueces estatales a los tribunales arbitrales, así como de la observancia de algunas normas imperativas o de orden público. Sin embargo, este equilibrio, entre autonomía y asistencia judicial —que constituye una de las claves para entender el desarrollo del derecho arbitral—, se puede romper si la intervención de la justicia ordinaria sobrepasa los linderos propios de la competencia arbitral. La revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales es, precisamente, una de las situaciones donde se pone a prueba la existencia real de dicho equilibrio.

### **2.10.1. El pacto arbitral**

Según Talero (2009: 215-216) en el plano internacional, se ha catalogado al pacto arbitral como una convención de procedimiento autónoma. El objeto del pacto arbitral sería un acto jurisdiccional o decisorio, consistente en resolver las controversias surgidas entre las partes, de una manera definitiva y vinculante, lo cual se plasma en el laudo arbitral. El pacto arbitral recoge la voluntad de las partes, en el sentido de acudir exclusivamente al mecanismo arbitral para resolver sus diferencias. Ello significa que estas últimas, sin prescindir de la asistencia de las cortes de la justicia ordinaria, renuncian a ventilar los méritos de la controversia ante dichas cortes.

El pacto arbitral se erige, entonces, como el único soporte de la competencia de los árbitros para dirimir las controversias surgidas entre las partes que han celebrado dicho pacto. De ahí que la redacción del pacto arbitral determine, por ejemplo, el radio de la competencia de los árbitros para dirimir la controversia entre las partes. Si los árbitros exceden el ámbito de su competencia, el laudo arbitral puede ser anulado o su reconocimiento y ejecución denegados por las cortes judiciales com-



petentes, debido a la extralimitación de funciones en la que dichos árbitros puedan incurrir.

Los anteriores lineamientos explican la importancia del principio de habilitación, de reconocimiento universal, según el cual, la voluntad de las partes, recogida por el pacto arbitral, es el único y verdadero soporte de la competencia arbitral para resolver sus diferencias de manera definitiva y vinculante. Es así como en el arbitraje se tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar.

Este sometimiento voluntario al arbitraje, plasmado en el pacto arbitral y recogido por el principio cardinal de la habilitación, debe tener consecuencias concretas. Y, precisamente, una de estas consecuencias radica en prescindir de una segunda instancia judicial, es decir, de una revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales.

En otros términos, el pacto arbitral supone, necesariamente, que los jueces estatales no revisarán, por regla general, los méritos o el fondo de los laudos arbitrales, pues, al hacerlo, privarían al pacto arbitral de uno de sus distintivos esenciales, consistente en diferir, exclusivamente, la decisión de las diferencias entre las partes a los tribunales arbitrales.

La revisión judicial de los laudos arbitrales debe operar en el marco del recurso de anulación del laudo respectivo, cuyo rasgo principal es de carácter garantista, pues se circunscribe a verificar si el arbitraje se ha desarrollado, o no, con sujeción a los principios rectores de un debido proceso. De ahí que los laudos arbitrales, por regla general, sean susceptibles de anulación por errores de procedimiento —*in procedendo*—, y no por errores de tipo sustancial —*in iudicando*—. Se ha sostenido, en consecuencia, que la decisión judicial, sobre la validez o la nulidad del laudo arbitral, no puede llegar a sustituir la decisión de fondo adoptada por los árbitros (Hinojosa, 2006: 374 citado por Talero, 2011: 216).

De hecho, se ha considerado que, aun si se pretende la anulación del respectivo laudo arbitral teniendo como fundamento la violación del orden público de la sede del arbitraje, la noción de orden público revestirá un carácter eminentemente procesal, vinculado a la observancia de las garantías fundamentales de un debido proceso. Por ende, la noción de orden público, como causal de anulación de

laudos, tampoco serviría para pretender la anulación por errores de tipo sustancial —*in iudicando*— (Tribunal Constitucional de España, sentencia: 15.04.1986).

En estricto rigor, la decisión de fondo, proferida por los árbitros en el respectivo laudo, no es susceptible de impugnación ante las cortes judiciales competentes del Estado sede del arbitraje.

Sin embargo, procede analizar esta circunstancia a la luz de algunos planteamientos que sugieren la viabilidad o pertinencia de una revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales.

## **2.11. Mecanismos idóneos de impugnación del laudo arbitral**

### **2.11.1. La motivación del laudo**

En el artículo 56 del Decreto Legislativo 1071 establece claramente lo siguiente:

Artículo 56.- Contenido del laudo. 1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar.

En el artículo 50 al que hace referencia el citado artículo este nos prescribe en su numeral 1 que «si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia». Notamos que el derecho en disputa que provocó recurrir a una instancia arbitral podría tener como resultado en medio de este la concurrencia de un acuerdo posterior a su inicio, que

no afecta a ninguna de las partes debido a que es su voluntad de transigir mucho más relevante que la decisión de un tercero a la que puedan someterse.

Se desprende del texto que todo y cada uno de los laudo deberán estar motivados, siempre que no haya un acuerdo que haga prescindirse de tal motivación. Lo que no puede afirmarse es que la motivación sea un derecho fundamental disponible cuando las partes dirimen sus discordancias al momento en que la voluntad de los particulares prefieren prescindir de la motivación en las decisiones de los árbitros, esta aseveración es insostenible pues, si bien los particulares recurren a solucionar sus controversias y disputas frente a un árbitro lo hacen por la dificultad primigenia de llegar a un acuerdo con respecto a un hecho desencadenador de contrariedades, y es igual de válido solucionar dicho problema entre los elementos subjetivos del desacuerdo que recurrir a un proceso arbitral para solucionarlo. El que exista un acuerdo posterior, una voluntad de transar con respecto a todos o algunos de los hechos motivo de controversia, no significa una disponibilidad del principio plasmado en el artículo 56, ni mucho menos una derrota de dicho principio por una regla, sino que mientras no exista acuerdo hasta la expedición de un laudo (que es la decisión de un tercero) con respecto al hecho que motivo la contienda, el laudo (la decisión del tercero) deberá estar motivado.

No existe mejor motivación para un tercero que decidirá sobre una controversia, que hacer constar el acuerdo de las partes en el laudo mismo, pues permite otorgar garantías de cumplimiento voluntario o forzoso a estos, sin la intervención de criterios ajenos o de terceros (árbitros) a los que motivaron el acuerdo.

Este principio se extiende no solo a las actuaciones arbitrales, sino que es una exigencia de carácter constitucional

El artículo 57.1 establece que «en el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho».

### **2.11.2. Rectificación, interpretación, integración y exclusión sobre el fondo**

Anteriormente, en la ley derogada, se contemplaba la apelación. La parte disconforme con el laudo podía interponer el recurso para que el laudo sea revisado,

respecto de la apreciación de los fundamentos expuestos por las partes y la valoración de la prueba ofrecida, admitida y actuada. La revisión suponía también la de las normas legales aplicadas a la solución de la controversia y que han conducido a los árbitros a dictar o declarar el derecho.

Si bien no existe más este recurso impugnatorio, la vigente ley ha establecido mecanismos que inciden directamente sobre el contenido del laudo y que pueda referirse al fondo mismo de la controversia. Tenemos el artículo 58 que establece lo siguiente:

Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
  - a) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
  - b) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
  - c) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
  - d) Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
  - e) El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal

arbitral por quince (15) días adicionales.

- f) El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.
2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.
  3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

Haciendo un análisis de este artículo, los supuestos numerados no reúnen las características esenciales para poder ser considerados como elementos de una apelación en general o algún subtipo de la misma, y no podría realizarse ninguna comparación válida sin que tengamos que reformular la definición de apelación para este cometido. La dificultad inicial insalvable que atraviesa nuestra comparación es la que existe con respecto a su jerarquía estructural. En la apelación se tiene previamente establecida una jerarquía que hace posible acudir a un órgano de decisión superior con facultades de revisión o rescisoria.

Esto último está estrechamente con el modelo «pluralidad de instancias» que presupone una organización judicial compuesto por jueces organizados por niveles jerárquicos a los cuales se accede a través de un medio (la apelación) que permite el total reenjuiciamiento de la controversia ya previamente juzgada.

El otro punto relevante es la inexistencia de obligatoriedad de los árbitros por la facultad legal negativa para su pronunciación con respecto a lo solicitado por alguna de las partes. En el numeral 3 expresamente establece que «si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo [...] se considerará que la solicitud ha sido

denegada». La obligación-poder del órgano de decisión de pronunciarse con respecto a la disconformidad por razones de rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar, la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo, la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento, la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje o cualquier otra razón que influya en el laudo para determinar los alcances de la ejecución; no está determinada legalmente, ni por tanto, le es exigible.

Por lo que, parecería completamente desacertado querer otorgar a este artículo como una sustitución válida de la apelación, peor aún cuando no existe otro medio eficaz para cumplir con lo que desea ser modificado por algunas de las partes disconforme al ver que se atenta contra alguno de sus derechos. Y así es como este artículo lo establece: «la rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración».

Veamos a continuación las características de la apelación haciendo referencia a la ley derogada que la contemplaba en el proceso arbitral.

### **2.11.3. Recurso de apelación**

#### **2.11.3.1. Finalidad**

La apelación es el recurso procesal que tiende a obtener que un tribunal jerárquicamente superior, generalmente colegiado, revoque o modifique una resolución judicial que se estima errónea en la interpretación o aplicación del derecho, o en la apreciación de los hechos o de la prueba.

En vía judicial, este recurso supone, en consecuencia, la doble instancia, pero no significa una revisión de la instancia anterior (*ius novarum*), por cuanto el tribunal de apelación debe limitarse a examinar la decisión impugnada sobre la base del material reunido en primera instancia. Lo cual no obsta a que la ley consienta, con carácter excepcional, la aportación, la aportación de nuevos elementos de jui-

cio ante los tribunales de alzada, o la producción, ante estos, de prueba rechazada por el juez inferior.

Constituye presupuesto inexcusable del recurso, que la decisión respectiva cause agravio al litigante que lo deduce, debiendo entenderse por agravio la insatisfacción, total o parcial, de cualquiera de las pretensiones (principales o accesorias) planteadas en el litigio, o el rechazo de las defensas opuestas. Es, por lo tanto, la derrota total o parcial, del litigante, la circunstancia que determina la existencia de agravio en cada caso concreto. Y para ello es menester atenerse, como principio, a la parte dispositiva de la sentencia.

Para la derogada Ley General de Arbitraje, la apelación era en el proceso arbitral una cuestión de derecho. La parte disconforme con el laudo podía interponer el recurso para que el laudo sea revisado, respecto de la apreciación de los fundamentos expuestos por las partes y la valoración de la prueba ofrecida, admitida y actuada. La revisión suponía también la de las normas legales aplicadas a la solución de la controversia y que han conducido a los árbitros a dictar o declarar el derecho.

La revisión de los laudos estaba sujeta a lo que las mismas partes hayan pactado al establecer el sometimiento a juicio de los árbitros. El artículo 60 de la Ley General de Arbitraje derogada señalaba que:

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 el mismo alcance que en el proceso judicial, de manera que a través de este cabe la reparación de cualquier error de juzgamiento que adolezca el laudo, sea que se haya producido en la aplicación de las normas jurídicas, en la apreciación de los hechos o en la valoración de la prueba.

La interposición del recurso de apelación invocaba un estudio de admisibilidad y procedencia de este. Los requisitos de admisibilidad de un acto procesal esta-

ban dados por elementos formales que determinan la aptitud de este para producir efectos al interior del proceso. En cambio, los requisitos de procedencia eran elementos intrínsecos o de fondo de un acto procesal cuya presencia era esencial para que el acto tenga la calidad de tal.

Anteriormente, en cuanto a la renuncia a la impugnación del laudo, esta se permite solo a los recursos que buscan cuestionar el fondo de la decisión, como la apelación, pero no el recurso de anulación.

#### **2.11.4. Recurso de anulación**

Caivano (2008) citado por Ledesma (2009) «La revisión de los laudos está sujeta a lo que las mismas partes hayan pactado al establecer el sometimiento a juicio de los árbitros». En primer lugar hablaremos sobre el recurso de anulación para después desarrollar la problemática del recurso de apelación en el proceso arbitral.

«Su objeto es la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única y se interpone ante el Poder Judicial por las causales establecidas en el artículo 63 del D.Leg. 1041» (Ledesma, 2009). «Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectada en su derecho podrá recurrir al proceso de amparo» (STC 6167-2995-PHC/TC). Este recurso «se fundamenta en consideraciones de orden público, pues su finalidad es cautelar la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral» (Vidal, 2003: 148).

«Las partes han querido precisamente excluir a los tribunales de una intervención que solo aparece justificada para garantizar el cumplimiento de unas garantías mínimas, precisamente, las que tratan de salvaguardar los motivos por los que pueden interponerse». (Ledesma, 2009: 150)

«El recurso de anulación debe entenderse como mecanismo de control formal a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusto a los establecido en la ley. En ese sentido, resulta difícil admitir la renuncia de las partes a la posibilidad de impugnar el laudo; un acuerdo, en tal sentido, supondría la renuncia al derecho a la tutela judicial y ello no es tolerable jurídicamente [...] a pesar de que existan convenios que expresamente contengan



la renuncia al recurso de anulación, dichos pactos no generan eficacia jurídica. Esa renuncia se tendrá por no puesta» (Ledesma, 2009: 150).

Es importante tener en cuenta que se puede renunciar a objetar un laudo, pero no al recurso, sino a lo que pudo devenir en nulo, tal como lo establece el artículo 11 del D.Leg. 1071:

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes puedan apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

Este recurso «existe porque resulta necesaria la intervención del Poder Judicial para controlar el exceso de poder de los árbitros». A la vez que «no implica una pretensión impugnatoria autónoma en la que se establezca alguna relación procesal, sino que sobre la relación procesal ya entablada se busca verificar la existencia de los errores que no están orientados al fondo del derecho declarado sino a la validez formal del arbitraje desarrollado» (Ledesma, 2009: 151).

#### **2.11.4.1. Las causales**

La principal característica de este recurso consiste en la taxatividad de sus causales que son enumeradas por el artículo 63 del Decreto Legislativo 1071:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
  - a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
  - b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

- c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo 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.
  - d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
  - e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
  - f) Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
  - g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
  3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
  4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo solo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
  5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas ju-

rídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso 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.
8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Las causales pueden clasificarse en las siguientes:

- Nulidad del convenio
- Derecho de defensa
- Composición del Tribunal Arbitral
- Materia no sometida a la decisión de los árbitros
- Materia inarbitrable

## **Capítulo 3**

### **Metodología**

#### **3.1. Material y Procedimientos**

##### **3.1.1. Material**

###### **3.1.1.1. Técnicas**

- Técnicas de recolección de información
- Análisis de contenidos
- Fichaje
- Técnica documental
- La observación
- La entrevista
- La encuesta.

###### **3.1.1.2. Instrumentos**

- Guía de análisis de contenido: Este instrumento contiene la estructuración que se hace del análisis de contenido o trabajo y sirve para tomar la información o conocimiento que constituyen materia de las unidades que van a ser estudiadas, con indicación de los referentes que interesan a la investigación. En nuestro caso, se elaboró una guía o plan de análisis de contenido para tomar la información de la muestra.
- Fichas de Investigación bibliográfica: Se usaron fichas para fuentes bibliográficas consultadas (libros, revistas, textos, etc) y fichas textuales de resumen

para almacenar los conceptos doctrinarios y aspectos esenciales de las instituciones jurídicas vinculadas al tema, ya sea mediante la cita textual o mediante un resumen de las ideas básicas cuidando hacer un uso adecuado de ellas.

### **3.1.2. Procedimientos**

#### **3.1.2.1. Método**

Se empleó el método cuantitativo para el estudio de los resultados, y datos obtenidos y luego el método cualitativo en el análisis de los resultados obtenidos de las muestras, también se aplicó el método de análisis y síntesis para completar la investigación.

#### **3.1.2.2. Población y Muestra de estudio**

La población consistió en profesionales abogados especialistas, jueces, árbitros de la ciudad de Trujillo, quienes tienen conocimiento del proceso arbitral y las implicancias de haberse eliminado el recurso de apelación, tanto arbitrales como constitucionales, de quienes se seleccionó un pequeño grupo para formularles preguntas abiertas en forma de cuestionario o entrevista.

La muestra se eligió de acuerdo a la trayectoria y profundidad en el conocimiento del proceso arbitral, y estos constituirán abogados especialistas de la ciudad de Trujillo u otras ciudades quienes hayan hecho publicaciones en materia de derecho arbitral.

#### **3.1.2.3. Diseño de la Investigación**

Por ser el presente trabajo del tipo teórico, se utilizará el diseño de una sola casilla, cuyo esquema es el siguiente:

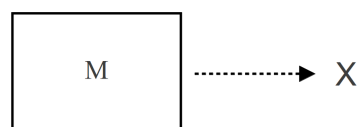


Figura 3.1: Diseño de investigación

En donde:

M = Muestra: Es el conjunto de conocimientos doctrinarios en cuanto a la jurisdicción arbitral, la pluralidad de instancias y el debido proceso, así como la opinión de los distintos especialistas abogados, jueces y árbitros.

X = Resultados: Que nos permitirá concluir si el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 vulnera el principio de pluralidad de instancias como garantía de un debido proceso.

#### **3.1.2.4. Procedimiento de Recolección de Datos**

- Se utilizó la observación y el fichaje
- Consultas vía internet
- Toma de copias xerográficas de libros, revistas diarios, tesis y otros.
- Entrevista.

#### **3.1.2.5. Diseño de procedimiento y análisis de datos**

Se elaboró en base a la observación de los datos recogidos y a las fichas de registro.

## Capítulo 4

### Recolección y análisis de datos cualitativos

#### 4.1. Muestra

En los estudios cualitativos el tamaño de muestra no es importante desde una perspectiva probabilística, pues el interés del investigador no es generalizar los resultados de su estudio a una población más amplia. Lo que se busca en la indagación cualitativa es profundidad. Por lo tanto, se pretende calidad en la muestra, más que cantidad. Nos conciernen casos que nos ayuden a entender el fenómeno de estudio y a responder a las preguntas de investigación (Hernández, Fernández-Collado y Baptista, 2006: 562). De esta manera decimos que las muestras cualitativas no deben ser utilizadas para representar a una población.

##### 4.1.1. La opinión de expertos

En la presente investigación se recurrió a la *opinión de expertos* en materia de arbitraje conocedoras a la vez del proceso civil, que nos permitió profundizar en cada una de las categorías seleccionadas más adelante.

#### 4.2. Instrumento: Entrevista

Las preguntas empleadas fueron de carácter *general*, que parten de planteamientos globales para dirigirse al tema que interesa en la presente investigación, debido a que se trató de una entrevista abierta. Asimismo el carácter de las preguntas consistieron en ser preguntas de *opinión* y *conocimiento*, al necesitar no solo la opinión de los expertos sino que esta opinión esté sustentada en conocimientos

teóricos previos referentes al tema en investigación.

### **4.3. Análisis de los datos de la entrevista**

En la presente investigación procederemos a elegir como unidad de análisis, en forma de «unidad constante» (Hernández, Fernández-Collado y Baptista, 2006), y consistió en las líneas de párrafo, que son segmentos numerados que serán analizados uno por uno.



## **Capítulo 5**

### **Resultados y discusión**

Las categorías del problema de la presente investigación consistieron en las siguientes:

#### **5.1. Categorización y codificación**

JA : La jurisdicción arbitral

VPDI : Vulneración Principio de doble instancia

VDDP : Vulneración al derecho al debido proceso

IU : Instancia única

VDP : Voluntad de las partes

De la misma manera los expertos entrevistados han sido codificados de la siguiente manera:

JMF : Juan Manuel Fiestas

NLA : Nelson Lozano Alvarado

MPH : María Paz

#### **5.2. Designación de unidades de análisis**

##### **5.2.1. Recolección de datos 1 (JMF)**

**Recolección de datos:** Entrevista.

**Unidad de análisis:** Línea

**Entrevistado:** Juan Manuel Fiestas

**Pregunta 1:** Si bien no existe consenso en considerar al proceso arbitral como jurisdicción, por la falta de elementos esenciales tales como la *coertio* y la *executio* ¿el negarle el carácter de jurisdicción también negaría o relativizaría la aplicación del artículo 139º de la Constitución?

**Respuesta:**

1. Si, negar al arbitraje la naturaleza de jurisdicción es negar también
2. la norma contenida en el Art. 139 de la Constitución vigente.
3. Para bien o para mal, y casi a contrario de la posición de la doctrina,
4. esa norma otorga al arbitraje naturaleza de jurisdicción.
5. No sé si en alguna otra parte del mundo algún país haya otorgado
6. la misma naturaleza al arbitraje.

**Pregunta 2:** Si creemos que el debido proceso es una garantía dentro del proceso arbitral, ¿el derecho fundamental de la pluralidad de instancia se vería vulnerado por este proceso arbitral que es de única instancia? Teniendo en cuenta que la decisión de someterse a este proceso de instancia única es voluntad de las partes. Pueden revisar el artículo 361 del Código Procesal Civil.

**Respuesta:**

7. No se vulnera el derecho fundamental al debido proceso cuando se diseña
8. un procedimiento de instancia única. Tanto porque la pluralidad de
9. instancias no es un elemento que siempre debe estar presente en todo
10. proceso o procedimiento, cuanto porque la defensa de los derechos
11. fundamentales están protegidos con otros mecanismos impugnatorios,
12. como la anulación de laudo arbitral, y la acción de amparo en su caso.
13. El debido proceso no tiene una sola y única configuración; un Estado
14. puede modular de diferentes maneras dicho derecho fundamental, según
15. necesidades específicas que responde cada proceso o procedimiento.

#### **5.2.1.1. Discusión**

En cuanto a la primera pregunta el experto JMF, lo que afirma de la línea 1 a la 4 es una opinión que se ajusta a nuestro criterio, de que si le restamos los elementos característicos que determinen al arbitraje como jurisdicción caeríamos en la peligrosa exclusión de lo que atañe a la jurisdicción propiamente dicha, que es la de garantizar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, y podríamos

equivocar al creer la particularidad del arbitraje con la independencia normativa y de sus principios, al pasar por alto muchos los derechos más básicos y fundamentales de quienes se encuentren inmersos en un proceso arbitral, y que podría justificar su alejamiento de estos por su carácter especial, netamente patrimonial, alternativo y nacido de la voluntad de las partes para la solución de los conflictos.

A la vez el experto, en la pregunta dos, específicamente en las afirmaciones de su respuesta de la línea 22 a la 32, podemos decir que este análisis es realizado en la sección de derrotabilidad del principio de pluralidad de instancias, y es en ese análisis que damos cuenta que la instancia única en la que ha sido estructurado el proceso arbitral no cuenta con un mecanismo legal impugnatorio que permita, si bien no llevarnos a una «segunda instancia» propiamente dicha, sí a un grado superior, que permita revisar el fondo de la controversia. La normalidad del proceso puede verse quebrantada por la presencia de inobservancia de las garantías en el proceso que todo Estado *ex ante* estructura a favor de las propias partes, lo que traería consigo la necesidad de dejar de lado los principios –fundamentados en la celeridad y los costos– para recurrir a los que tienen por contenido la naturaleza humana reconocidos en la Constitución.

### **5.2.2. Recolección de datos 2 (NLA)**

**Recolección de datos:** Entrevista.

**Unidad de análisis:** Línea

**Entrevistado:** Nelson Lozano Alvarado

**Pregunta 1:** Si bien no existe consenso en considerar al proceso arbitral como jurisdicción, por la falta de elementos esenciales tales como la *coertio* y la *executio* ¿el negarle el carácter de jurisdicción también negaría o relativizaría la aplicación del artículo 139º de la Constitución?

**Respuesta:**

1. El Art. 139, inc. 1, de la Const. Política reconoce la existencia de la
2. jurisdicción arbitral como excepcional, pues, por principio la
3. jurisdicción corresponde al Estado y es ejercida por el Poder Judicial.
4. En este orden, el citado Art. 139 lo que contiene es el conjunto de
5. principios y derechos de la función jurisdiccional, surgiendo la

6. natural inquietud si todos ellos se aplican también a la jurisdicción
7. arbitral. Al respecto, considero que no debe perderse de vista el
8. carácter de excepción que tiene esta jurisdicción y, por lo mismo,
9. este artículo tiene que ser relativizado en su aplicación, de tal
10. manera que los principios y derechos que contiene no le alcanzan
11. íntegramente a la jurisdicción arbitral.
12. En efecto, considero que las disposiciones contenidas en los Inc. 1,
13. primer párrafo, 6, 9, 10, 11, 12, etc. no le corresponden a la
14. jurisdicción arbitral.

**Pregunta 2:** Si creemos que el debido proceso es una garantía dentro del proceso arbitral, ¿el derecho fundamental de la pluralidad de instancia se vería vulnerado por este proceso arbitral que es de única instancia? Teniendo en cuenta que la decisión de someterse a este proceso de instancia única es voluntad de las partes. Pueden revisar el artículo 361 del Código Procesal Civil.

**Respuesta:**

15. Uno de los principios de la jurisdicción es la unidad que reposa en
16. la soberanía del Estado, de la cual deriva aquella, unidad que está
17. referida a la manera de organizar el Poder Judicial. En esta
18. organización caben los órganos jurisdiccionales, cada uno con sus
19. respectivas competencias, de tal manera que todos ejercen función
20. jurisdiccional pero dentro de las atribuciones que les corresponden.
21. Dentro de esta organización se explica que haya instancias. Por tanto
22. la pluralidad de instancia es propia del Poder Judicial, que es donde
23. existen órganos jurisdiccionales, obviamente organizados, regidos
24. por el principio de unidad de todos ellos. La jurisdicción arbitral,
25. en cambio, no tiene una organización y, por lo mismo, no descansa en
26. el principio de unidad, ni menos cuenta con instancias. Las
27. instancias existen en el Poder judicial porque hay diversidad de
28. órganos, todos ellos conformantes de una organización, pero regidos
29. por el principio de unidad. Por tanto, al no existir organización
30. ni instancias en la jurisdicción arbitral, considero que no le
31. alcanza el principio de pluralidad de instancia y, por lo mismo,
32. tampoco puede haber vulneración de este principio en el proceso arbitral.

### **5.2.2.1. Discusión**

En las afirmaciones realizadas (línea 7-14) como vimos anteriormente, si para lograr el pleno reconocimiento de las garantías procesales fundamentales resguar-

dados en el ejercicio de la función jurisdiccional, habrá de considerarse jurisdicción, jurisdicción parcial o jurisdicción restringida en el que permita su acercamiento y reconocimiento que las garantías constitucionales en materia procesal no le es ajena y deberá ajustarse totalmente a ellas e impedir cualquiera forma de vulneración o inobservancia. La negación o relativización de los principios jurídicos –que no tienen exclusivamente la función de suplir lagunas por ausencia de reglas, sino que además interpretativa, directiva y limitativa– desvía el sentido de las normas hacia uno cuyo objeto no es la dignidad de la persona, y la orientación requerida para ese cometido dentro de un proceso se vería restringido.

En cuanto a la segunda pregunta, en las líneas 21-22, hace el experto referencia a la naturaleza organizada y la forma en cómo se estructura el Poder Judicial, que lo llevan a concebir como apropiado la existencia de un principio de pluralidad de instancias. El hecho de que los órganos jurisdiccionales estén debidamente organizados escalonadamente, en niveles de jerarquía, hace más adecuada la materialización de una segunda instancia.

En su observación (línea 24-32) menciona que al no tener la jurisdicción arbitral una organización estructurada de manera jerárquica el principio de pluralidad de instancias no le es aplicable. Damos cuenta que estas conclusión a la que arriba el especialista tiene que ver con otra temática no mencionada, como los principios general del Estado y otros mandatos constitucionales que no son los adecuados para dar una justificación para inaplicar la pluralidad (en concreto).

No creemos que pueda ser la organización y los principios que rigen los órganos estatales, a menos no exclusivamente, los que fundamenten el dejar de lado un principio tan importante para la efectivización de un debido proceso arbitral. No hemos encontrado además, un correlato con opiniones doctrinarias semejantes a las que nos ofrece el especialista.

Es mucho más relevante en comparación lo que nos ofrece Vidal (2003), que nos puede llevar a relacionar la organización no jerarquizada de la jurisdicción con la posibilidad de dejar de aplicar el principio de pluralidad de instancias. La *coertio* y la *executio* se sustenta en la existencia de órganos debidamente estructurados para su realización. El arbitraje, como menciona Rodríguez (2007) necesita de esta

organización para la ejecución el laudo.

Pueda parecer que la organización jerarquizada podría fundamentar la derrota del principio de pluralidad, a simple vista. Pero los principios son derrotables por circunstancias en las que operan otras normas, y no precisamente circunstancias fácticas o de organización en este caso. No podríamos decir que el principio de publicidad registral (principio) carece de fundamento porque las personas desconocen de la existencia de todos los asientos registrales (fáctico). Por lo tanto, la organización jerarquizada del Poder Judicial no puede ser fundamento para la inaplicación del principio de pluralidad de instancias en el arbitraje, por motivo de una organización no jerarquizada en el mismo.

### 5.2.3. Recolección de datos 3 (MPH)

**Recolección de datos:** Entrevista.

**Unidad de análisis:** Línea

**Entrevistado:** María Alejandra Paz Hoyle

**Pregunta 1:** Si bien no existe consenso en considerar al proceso arbitral como jurisdicción, por la falta de elementos esenciales tales como la coertio y la executio ¿el negarle el carácter de jurisdicción también negaría o relativizaría la aplicación del artículo 139º de la Constitución?

**Respuesta:**

1. El arbitraje es un método alternativo y privado de resolución de
2. conflictos. La potestad del árbitro emana de la voluntad de las partes,
3. lo que lo hace sustancialmente distinto de la función jurisdiccional.
4. El arbitraje, a mi entender y para responder la pregunta, creo que es
5. una actividad “casi” jurisdiccional, pues cuenta con muchas semejanzas
6. al PJ, como: la actividad probatoria, las medidas cautelares, la facultad
7. de decidir *judicium*.
  
8. Sin embargo, no es del todo judicial por cuanto no tienen la *executio*
9. y la *coertio*, además no que no es existe control difuso, ni existe la
10. posibilidad de impugnación del laudo, como una acción de nulidad, ni
11. hay un delito que se refiera sobre falsa declaración en arbitraje.
  
12. Entonces, al decir *casi* jurisdiccional me refiero a que creo que no
13. relativizaría el artículo 139 en el sentido que la norma constitucional

14. quiso referirse a la capacidad de administrar justicia que se tiene,
15. que es una característica de la función jurisdiccional, y que no es una
16. tarea indelegable del Estado, sino que también hay formas alternas
17. institucionalizadas para lograrlo (militar, arbitral, conciliación,
18. transacción), las cuales no son necesariamente ejercidas por la
19. actividad estatal, sino por el contrario, esta forma de administración
20. de justicia, revaloriza la autonomía de la voluntad de las partes, lo
21. que finalmente es, una democratización del derecho.

**Pregunta 2:** Si creemos que el debido proceso es una garantía dentro del proceso arbitral, ¿el derecho fundamental de la pluralidad de instancia se vería vulnerado por este proceso arbitral que es de única instancia? Teniendo en cuenta que la decisión de someterse a este proceso de instancia única es voluntad de las partes. Pueden revisar el artículo 361 del Código Procesal Civil.

22. Estimado doctor, para responder esta pregunta en primer lugar tenemos
23. que tener en cuenta que el Arbitraje es una institución autónoma,
24. diferente del Poder Judicial, reconocida por el Estado y la Constitución
25. y que es llevada a cabo por profesionales particulares. Como Institución
26. tiene sus propios principios y regulaciones, es decir siempre que estén
27. dentro de la norma y respetando el derecho. La "pluralidad de
28. instancia" constituye un principio y a la vez un derecho inherente a la
29. naturaleza propia de la función jurisdiccional, en donde existe la
30. posibilidad de que un error, deficiencia o arbitrariedad contenida en
31. una resolución expedida por juez, pueda subsanarse con posterioridad.
32. Creo que la garantía al debido proceso no se ve vulnerada por la
33. característica del proceso arbitral de única instancia ya que existen
34. salidas para una persona que considere que el laudo emitido no se
35. encuentra conforme a derecho. En primer lugar, el recurso de anulación
36. del laudo, regulado por el inciso 4 del artículo 3 de la L.A, el cual
37. establece la posibilidad del Control Jurisdiccional posterior.
38. Asimismo, el Artículo 58º prevé el derecho a la Rectificación,
39. interpretación, integración y exclusión del laudo que tienen las partes
40. de poder solicitar al árbitro o tribunal. En segundo lugar, el derecho
41. de las partes que tienen a escoger a su árbitro o en todo caso a
42. recusarlo cuando consideren que no va a ser preparado, imparcial o
43. independiente.

44. Por lo tanto, creo que lo importante es dilucidar primero, si el
45. derecho al debido proceso arbitral tiene consideraciones distintas al
46. debido proceso en vía judicial. Si efectivamente existe distinción
47. entre ellos, entonces ¿Por qué igualarlos?. Hay que tener cuidado pues
48. se podría estar desnaturalizando la finalidad del arbitraje, la cual

49. es, en principio, obedecer a las normas establecidas por las propias
50. partes y no a imposiciones establecidas por la ley.

### **5.2.3.1. Discusión**

En complemento con lo dicho por los anteriores especialistas, las afirmaciones de MPH (líneas 8-21) en cuanto a la respuesta a la primera pregunta, cuando las partes pactan la sujeción de sus controversias, actuales o futuras, al arbitraje, renuncian a dirimir dichas diferencias ante los jueces pertenecientes al aparato jurisdiccional del Estado. De este modo, las partes, en desarrollo de su libertad contractual, optan por acudir a un mecanismo ágil, especializado y de única instancia para zanjar sus diferencias de manera definitiva y vinculante.

Es así como en el arbitraje se tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar. Del pacto arbitral se deriva, necesariamente, que los jueces estatales no revisarán, por regla general, los méritos o el fondo de los laudos arbitrales, pues, al hacerlo, privarían al pacto arbitral de uno de sus distintivos esenciales, consistente en diferir, exclusivamente, la decisión de las diferencias entre las partes a los tribunales arbitrales.

Pero nuestro análisis nos ha llevado a considerar que hablando en el plano abstracto la conflictividad entre las reglas y los principios es inexistente, siempre que tenemos en cuenta un contexto de «normalidad», en donde los elementos subjetivos observan diligentemente el cumplimiento de cada una de las garantías. El que ese contexto se vea trastocado vemos la dificultad de seguir sosteniendo esa normalidad en la que las normas que regulan el proceso arbitral han sido establecidas.

Por último, en lo que respecta a la segunda pregunta, los supuestos numerados en el artículo 58 del Decreto Legislativo 1071 no reúnen las características esenciales para poder ser considerados como elementos de una apelación en general o algún subtipo de la misma, y no podría realizarse ninguna comparación válida sin que tengamos que reformular la definición de apelación para este cometido, como



menciona la especialista entrevistada. La dificultad inicial insalvable que atraviesa nuestra comparación es la que existe con respecto a su jerarquía estructural. En la apelación se tiene previamente establecida una jerarquía que hace posible acudir a un órgano de decisión superior con facultades de revisión o rescisoria.

Esto último está estrechamente con el modelo «pluralidad de instancias» que presupone una organización judicial compuesto por jueces organizados por niveles jerárquicos a los cuales se accede a través de un medio (la apelación) que permite el total reenjuiciamiento de la controversia ya previamente juzgada.

Vimos a la vez que no existe obligatoriedad de los árbitros por la facultad legal negativa para su pronunciación con respecto a lo solicitado por alguna de las partes. En el numeral 3 expresamente establece que «si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo [...] se considerará que la solicitud ha sido denegada». La obligación del órgano de decisión de pronunciarse con respecto a la disconformidad de una de las partes por cualquiera de las causales enumeradas en el artículo no está determinada legalmente, ni por tanto, le es exigible.

No es pertinente querer otorgar a este artículo como una sustitución válida de la apelación, peor aún cuando no existe otro medio eficaz para cumplir con lo que desea ser modificado por algunas de las partes disconforme al ver que se atenta contra alguno de sus derechos.

Como lo vimos haciendo referencia a la problemática, al no regularse el recurso de apelación, al parecer se estaría excluyendo la posibilidad de una segunda instancia, por lo que a su vez, vulnera el principio de pluralidad de instancias, que constituye una garantía constitucional propia de un debido proceso arbitral. Según el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en la sentencia Exp. 06167-2005-PHC/TC, caso Fernando Cantuarias Salaverry, ratifica que la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca la inobservancia de los principios constitucionales que informa la actividad de todo órgano que administra justicia, es más, el Tribunal indica que el reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas

a los principios y derechos de la función jurisdiccional y a la vez, aclarando que el reconocimiento constitucional del arbitraje como fuero especial, no vulnera el principio de igualdad ante la ley, prescrito en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dicha jurisdicción aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela efectiva.

En efecto, el D. Leg N.º 1071 que regula el arbitraje, al no considerar el recurso de apelación como otra vía de impugnación, está inobservando el principio de pluralidad de instancias que es uno de los principios constitucionales que constituyen y aseguran un debido proceso en el arbitraje, que constitucionalmente está reconocido como jurisdicción especial.

## Capítulo 6

### Conclusiones y Recomendaciones

#### 6.1. Conclusiones

##### 1. Sobre la definición del principio de pluralidad de instancias.

Con respecto a la definición del principio de pluralidad de instancias como garantía de un debido proceso. El laconismo constitucional de su formulación lingüística del principio de pluralidad de instancias debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador. En tal sentido, sostenemos que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho de configuración legal como gran parte de los principios consagrados en la Carta. Sin embargo, al mismo tiempo, hemos advertido que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139 de la Constitución no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia plural, el contenido constitucional garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la doble instancia. Sin duda, el número de instancias jurisdiccionales que el legislador contempla, puede variar teniendo en cuenta la naturaleza de las materias que se discuten en cada proceso, pero el mínimo no debe verse afectado por esta condición.

El arbitraje y la justicia ordinaria, establecen una relación de cooperación entre ambos, a la vez los árbitros deben comprender las limitaciones que les impone su origen convivencial, la falta de *imperium* y el orden público, hacen necesario que los jueces compartan la idea del arbitraje como sistema que

coopera en la solución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo. Si para lograr el pleno reconocimiento de las garantías procesales fundamentales resguardados en el ejercicio de la función jurisdiccional, habrá de considerarse jurisdicción, jurisdicción parcial o jurisdicción restringida en el que permita su acercamiento y reconocimiento que las garantías constitucionales en materia procesal –entre las que se encuentra la pluralidad de instancias– no le es ajena y deberá ajustarse totalmente a ellas e impedir cualquiera forma de vulneración o inobservancia.

**2. No existe conflicto en *abstracto* pero sí en *concreto* entre el principio de determinación de las partes y el principio de pluralidad de instancias.**

Existe una relación entre las consecuencias lógico jurídicas en recurrir en apelación a una segunda instancia, pero hay una diferencia conceptual entre los supuestos de cada norma. En una se tiene como supuesto la existencia de un laudo –o más generalmente, una decisión que pone fin a la instancia–, en la otra se tiene un supuesto anterior a la existencia de un laudo que permite pactar el acceso a una segunda instancia en apelación. Aquí no tenemos ningún conflicto «en abstracto» porque no existe ninguna contradicción entre sus consecuencias, ni tampoco existe una relación total entre los conceptos de sus supuestos, pero hablaríamos de la existencia de una compatibilidad completa «en abstracto» y no un conflicto, dado que, si existe una configuración previa de las partes en acuerdo de acceder a una segunda instancia por apelación, correspondería exactamente a lo establecido por el principio de pluralidad de instancias. En abstracto, no hay conflicto alguno entre estos principios. Si tenemos que el principio de pluralidad de instancias no encuentra conflicto alguno con el principio de determinación voluntaria de las partes en el proceso, lo es también por la relación que existe entre el principio y la regla establecida en el artículo 361 del Código Procesal Civil, que nos llevaría a afirmar que este artículo es el correlato positivo, una configuración legal de nuestro segundo principio, que permite solucionar la controversia a las partes como mejor crean conveniente, incluso renunciando voluntariamente a la posibilidad de recurrir a una segunda instancia. Esto nos lleva a considerar

que el dispositivo legal vinculado con el principio de voluntad de las partes del proceso arbitral, nos traslada a la idea de un «proceso normal», en el que se preestablece o presupone que cualquier renuncia basada en una norma jurídica, que a la vez es permitida por un principio, se lo hace en un contexto de salvaguarda y garantía de todos los derechos fundamentales que componen un sistema jurídico. Dado que, si no existiera este contexto de garantía, la renuncia sería impracticable, pues se renunciaría a recurrir a una segunda instancia que imposibilita garantizar otros derechos fundamentales —léase, debido proceso—.

El artículo 361 reconoce esta salvedad y admite el contexto al condicionar la admisión de la renuncia a que siempre la pretensión discutida sea renunciabile y no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa. Haciendo una interpretación mucho más extensiva de este norma legal que compatibiliza con el proceso arbitral y su principio de libre determinación de las partes en dicho proceso, la renuncia a recurrir a una segunda instancia quedaría sin efecto después de su admisión cuando exista una afectación posterior al orden público, las buenas costumbres o norma imperativa. Como se demuestra en esta investigación, la renuncia quedaría sin efecto si se vulnera un principio del debido proceso, y adquirirá nuevamente «peso» el principio de pluralidad de instancias. Lo que nos lleva a hablar nuevamente de un conflicto, ya no «en abstracto» sino más bien «en concreto». Si bien no existe como lo vimos en la conclusión anterior un conflicto «en abstracto» entre los dos principios, puede, y efectivamente existe, un conflicto «en concreto» si una vez compatibilizados los dos principios incluimos en nuestro sistema la presencia de una regla o norma jurídica que permita la renuncia al acceso a una segunda instancia a través de apelación.

Hemos supuesto que las partes en virtud del principio de poder determinar el acceso a una segunda instancia a través de una apelación corresponde «en abstracto» con el principio de la pluralidad de instancias, pero suponiendo que en nuestro sistema una vez incluido nuestra norma legal (Artículo 361) entonces podría dejarse de aplicar o dejar de lado el principio de pluralidad;

el principio es *derrotado* por el otro principio en el caso «en concreto». Pero bajo ningún supuesto nos atreveríamos a decir que existe conflicto entre el principio que *derrota* y el principio *derrotado* «en concreto» y que le es extensible «en abstracto», ya que depende exclusivamente, una vez admitida la renuncia a impugnar, a la posibilidad de concurrir causas no contempladas *ex ante* a su admisión, que imposibilitarían poder sostener dicha renuncia. Por lo que, solo «en concreto» (a través de la renuncia), el principio de la libre determinación de las partes en el proceso que *derrota* se vería a la vez *derrotado* «en concreto» (por la concurrencia posterior de causas que invalidan la renuncia) por la aplicación de principios distintos dejados de lado válidamente por los mismos sujetos intervinientes en el desarrollo de la litis, y tendríamos otra vez la posibilidad de aplicación del anteriormente *derrotado* principio de la pluralidad de instancias.

**3. No existe un conflicto en *abstracto* entre la regla contenida en el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 y el principio de pluralidad de instancias.**

Lo anteriormente señalado, tiene un similar tratamiento lógico con el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, con la diferencia que en el artículo 361 del Código Procesal Civil permite una renuncia *prima facie* al principio de pluralidad de instancias, y el artículo 62 prohíbe recurrir a una segunda instancia a través de apelación. La intervención del principio de libre determinación de las partes en el proceso arbitral está presente también aquí, porque si bien, el artículo 62 expresamente prohíbe la interposición de recurso distinto al de anulación al establecer que “contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación, [e]ste 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”, no existe una prohibición de poder pactar que ante la disconformidad en algún extremo del laudo cualquier de las partes interesadas pueda interponer un recurso de apelación para hacer valer su derecho ante una segunda instancia. Por principio las partes pueden configurar la existencia de una o más instancias en el proceso arbitral al

que se someten. El artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, no afectaría el principio de libre determinación de las partes en la configuración del proceso arbitral en el que se involucrarán o en el que ya se encuentran constituidos como elementos subjetivos, y lejos de contradecir el mencionado principio las reglas contenidas en el Decreto Legislativo estaría estructurado en total conformidad con el mismo.

Por lo tanto, un análisis «en abstracto», como vimos, nos lleva a relacionar el principio de determinación de las partes y al principio de pluralidad de instancias y encontrar relaciones conceptuales si bien no de manera total en los supuestos de cada norma, sí en sus consecuencias lógicas jurídicas. A la vez el artículo 361 del Código Procesal Civil, que es la configuración legal del principio de determinación, le sirve de fundamento y directriz al proceso arbitral, al poder las partes acordar la posibilidad de recurrir a una segunda instancia en apelación. Y así, a simple vista concluiríamos que ninguna norma del proceso arbitral vulnerara el principio de pluralidad de instancias.

**4. Existe un conflicto en *concreto* entre la regla contenida en el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 y el principio de pluralidad de instancias.**

El artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 al ser una regla esta es *inderrotable, determinada, y concreta*, y las excepciones que pueda establecer las encontraríamos en su contenido normativo de manera taxativa o si identificamos por interpretación a través de las mismas normas pertenecientes a su sistema. A gran diferencia del artículo 361 del Código Procesal Civil es una regla *derrotable*, porque es la configuración legal del principio de determinación de las partes que no descuida en establecer las excepciones a una renuncia admitida *prima facie*, a saber, la vulneración al orden público, las buenas costumbres o norma imperativa, lo que la convierte en una norma *indeterminada* con espacios en blanco que pueden ser completados con cosas o estado de cosas no identificables *ex ante*. Vemos que existe una diferencia sustancial entre la regla del proceso arbitral y la regla del proceso civil.

El que las partes en un proceso arbitral no configuren o acuerden, antes o

durante el desarrollo del proceso arbitral, sobre la posibilidad de recurrir a una segunda instancia a través de una apelación contra el laudo, lo hacen en virtud de la aplicación del principio de determinación. El no acordar esto último no significa rechazar en el caso en concreto a este principio. Pero, al ser este un principio en el que se necesita de un acuerdo concurrente entre por lo menos dos de las partes, el no llegar a un acuerdo rechazaría de forma inmediata en el proceso arbitral su aplicación, sin existir medio o mecanismo alguno para lograr la posibilidad de que entre en juego o se active el principio de pluralidad de instancias. No habiendo acuerdo basado en el principio de determinación, entonces el principio es *derrotado* por el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071. Luego, el principio de pluralidad de instancias es *derrotado* también por el mismo artículo. Con lo expuesto no existe duda alguna que así tengamos en cuenta cualquier principio como elemento del debido proceso, y las partes no lleguen a un acuerdo en la configuración de las instancias, estos serán derrotados por la regla contenida en el artículo 62, y por los otros principios aplicables al proceso arbitral. Lo que hace concluir que existe un conflicto y vulneración «en concreto» del principio de pluralidad de instancias por el artículo 62.

El principio puente de la determinación de las partes que configura el proceso arbitral, una vez que es dejado de lado por desacuerdo, niega toda posibilidad al principio de pluralidad de instancias de ser colocado en el orden jerárquico por encima de las reglas e impide otorgar un «peso» relevante para su aplicación. Sea cual fuere el principio que pueda vulnerarse dentro del proceso arbitral, la justificación de esta vulneración estará siempre en que el puente que pudo ser construido por las partes para llegar a los principios constitucionales a través de sus acuerdos se encuentra *derrumbado* –derrotado–, por su propia voluntad.

**5. Análisis de la existencia de mecanismos legales idóneos que garanticen un debido proceso.**

El artículo 58 del Decreto Legislativo 1071 pareciera que está estrechamente



vinculado con el modelo «pluralidad de instancias» pero está completamente alejado del mismo, pues este presupone una organización judicial compuesta por jueces organizados por niveles jerárquicos a los cuales se accede a través de un medio (la apelación) que permite el total reenjuiciamiento de la controversia ya previamente juzgada. Con el artículo 58 no existe obligatoriedad de los árbitros para su pronunciación con respecto a lo solicitado por alguna de las partes. En el numeral 3 expresamente establece que «si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo [...] se considerará que la solicitud ha sido denegada». La obligación-poder del órgano de decisión de pronunciarse con respecto a la disconformidad por razones de rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar, la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo, la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento, la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje o cualquier otra razón que influya en el laudo para determinar los alcances de la ejecución; no está determinada legalmente, ni por tanto, le es exigible. Por lo que, no corresponde en ningún caso querer otorgar a este artículo como una sustitución válida de la apelación, peor aún cuando no existe otro medio eficaz para cumplir con lo que desea ser modificado por algunas de las partes disconforme al ver que se atenta contra alguno de sus derechos.

## **6.2. Recomendaciones**

Como se ha demostrado en esta investigación, el contenido del artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 vulnera el principio de pluralidad de instancias, más específicamente lo derrota en forma concreta. Es necesario identificar textualmente el contenido lingüístico regulador, para que podamos identificar exactamente donde

se encuentra el problema:

**Artículo 62.-**

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.*(Las cursivas es mía)
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.

A su lectura observamos la limitación de los recursos a imponerse y la restricción e las causales refiriendo expresamente a las señaladas en el artículo 63, a saber:

**Artículo 63.-**

**Causales de anulación.**

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
  - a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
  - b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
  - c) Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo 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.
  - d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

- e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
  - f) Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
  - g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 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.
  3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del numeral 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
  4. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
  5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.
  6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso 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.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Este último artículo citado restringe de manera taxativa las causales en función a la limitación previa señalada en el artículo artículo 62, por lo que, cualquiera que hayan podido ser las causales –lo que nada impide que pudo haberse tratado de una sola– señalados es consecuencia directa de la limitación expresa que hace referencia el artículo 62 bajo los términos de: «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».

Nuestra principal recomendación, es la de incluir *excepciones* en el artículo 62, al igual que las excepciones que se señala el artículo 361 del Código Procesal Civil:

**Artículo 361.-**

Durante el transcurso del proceso, las partes pueden convenir la renuncia a interponer recurso contra las resoluciones que, pronunciándose sobre el fondo, le ponen fin. Esta renuncia *será admisible siempre que el derecho que sustenta la pretensión discutida sea renunciable y no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa.* (Las cursivas son mías)

La renuncia *prima facie*, a diferencia de la norma de derecho civil, la renuncia en el arbitraje se configura por su misma naturaleza a admitir las partes la participación en el arbitraje renunciando anticipadamente a ciertas características que la justicia ordinaria ofrece. Pero, a través de la incorporación de excepciones se está ampliando la posibilidad de velar por las garantías constitucionales –entendida en esta tesis como «pluralidad de instancias»– que *ex ante* como ha sido actualmente estructurado normativamente niega dicha posibilidad fundamental.

Es así, que la inclusión de las excepciones en el artículo 62 nos llevaría a proponer la modificación legislativa siguiente:

### **6.2.0.2. Propuesta legislativa**

#### **Artículo 62.-**

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. **Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63, se podrá interponer recurso de anulación contra el laudo que atente o vulnere derechos fundamentales constitucionales.**
3. 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, **salvo que el recurso interpuesto se fundamente en el supuesto del inciso anterior.**

De esta manera, el texto agregado a la norma contenida en el artículo 62 que limitaba recurrir a una segunda instancia, derrotando o vulnerando al principio de pluralidad de instancias, es ponderado nuevamente permitiendo recurrir a una instancia superior que garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales.

## Referencias:

### Referencias bibliográficas impresas

- Arce y Flórez-Valdés, Joaquín (1990) Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional. Civitas: Madrid.
- Ariana Deho, Eugenia (2010) Reflexiones (viejas y nuevas) sobre la pluralidad de instancias y el derecho de acceso a los medios impugnatorios regulados por la ley. En el libro *El debido proceso: Estudios sobre derechos y garantías procesales*, Coord. Juan Manuel Sosa Sacio. Gaceta Jurídica: Lima.
- Baltodano, Víctor (2010) Filosofía de las creencias para crear conocimientos. Lima: Editorial San Marcos.
- Bernardis, Luis Marcelo (1995) La garantía procesal del debido proceso. Cultural Cuzco: Lima.
- Castillo Córdova, Luis (2010) El significado iusfundamental del debido proceso. En el libro *El debido proceso: Estudios sobre derechos y garantías procesales*, Coord. Juan Manuel Sosa Sacio. Gaceta Jurídica: Lima.
- Delgado Barrio, Javier y Vigo, Rodolfo L. (1997) Sobre los principios jurídicos. Abeledo-Perrot: Buenos Aires.
- Devis Echandía, Hernando (2002) Teoría General del Proceso: Aplicable a toda clase de procesos. 3ra ed. Editorial Universidad: Buenos Aires.
- Edda Ciancia, Olga (2006) El debido proceso. En *Derecho Procesal Contemporáneo: El debido proceso*. Ediar: Buenos Aires; pp. 139-151.
- Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Herbón, Hebe M. (1998) El arbitraje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fernández Sessarego, Carlos (2006) Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar. *Constitución Política Comentada: Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.

- Landa Arroyo, César (2010) Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra: Lima.
- Ledesma Narváez, Marianella (2009) Jurisdicción y arbitraje. Fondo Editorial PUCP: Lima.
- Palacios Pareja, Enrique A. (2009) Reflexiones sobre Arbitraje y Constitución. Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal *Constitución y Proceso*. PUCP: Lima.
- Puglianini Guerra, Luis (2012) La relación partes-árbitro. Biblioteca de Arbitraje (Vol. 12). Palestra: Lima.
- Quiroga León, Aníbal (2003) El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Jurista Editores: Lima.
- Rodríguez Angulo, Carla Estefanía (2007) Arbitraje y Amparo. Biblioteca de Arbitraje (Vol.2). Palestra: Lima.
- Sanguino Sánchez, Jesús María (2003) Garantía del Debido Proceso. En *Debido Proceso* ponencias del XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal 12-14 junio 2003. Rubinzal-Culzoni Editores: Argentina.
- Sosa Sacio, Juan Manuel (2010) Presentación del libro *El debido proceso: Estudios sobre derechos y garantías procesales*. Gaceta Jurídica: Lima.
- Ticona Postigo, Víctor (1999) El debido proceso y la demanda civil. 2da ed., Tomo I. Rodhas: Lima.
- Torres Vázquez, Anibal (2005) Principios Generales del Derecho del Perú, en *Principios Generales y Especiales del Derecho*, Coord. Víctor Julio Ortecho Villena. Universidad Privada Antenor Orrego: Trujillo.
- Vidal Ramírez, Fernando (2003) Manual de Derecho Arbitral. Gaceta Jurídica: Lima.

#### **Referencias electrónicas**

- Arrarte Arisnabarreta, Ana María (2008) Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: La anulación del laudo y el proceso de amparo. *Justicia y Derecho* Nro. 1. Disponible en: <http://goo.gl/8boQpA> (Accedido el 17.01.2014).
- Bullard, Alfredo (1989) Contratación en masa. ¿Contratación? *Revista de Derecho Themis* N.º 15, Lima.
- Franciskovic, Beatriz A.; Torres Angulo, Carlos Alberto (s/f) Disponible en: <http://goo.gl/m3jm1V> (Accedido el 15.01.2014)

- García Figueroa, Alfonso (2003) La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. D&Q N. 3. Disponible en: [http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003\\_n3/studi/D\\_Q-3\\_studi\\_Figueroa.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/studi/D_Q-3_studi_Figueroa.pdf) (Accedido el 15.01.2014).
- Guastini, Riccardo (2009) Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista Mensual de Jurisprudencia. Año 2, N.º 08, agosto 2007, Lima. Disponible en: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/articulo\\_guastini.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf)
- Fernández Sessarego, Carlos. (2003) Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral». Revista Foro Jurídico, Año 1 (3). Disponible en: <http://bivipas.info/> (Accedido el 10.04.2014).
- Merino de la Torre, Leo Daniel (s/f) Consideraciones sobre la naturaleza constitucional del derecho a la doble instancia en el ámbito civil. Disponible en: <http://www.derecho.usmp.edu.pe> (Accedido 15.01.2014).
- Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge (2000) Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. Isonomía Nro. 13, Octubre.
- Ortiz-Úrculo, Juan C. (2006) La doble instancia en materia penal. Estado actual y perspectivas del futuro. Persona y Derecho, 55, p. 701-709. Disponible en: [http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14694/1/PD\\_55-2\\_07.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14694/1/PD_55-2_07.pdf) (Accedido 15.01.2014).
- Puntsch, Eberhard (1986) Política y dignidad humana. El camino liberal. 2ª ed. en español. Bogota: Canal Ramírez Antares Ltda.
- Rodríguez, Jorge L. y Sucar, Germán (1998) Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho. Doxa 21-II.
- Rodríguez, Jorge (1997) La derrotabilidad de las normas jurídicas. Isonomía Nro. 6, Abril.
- Talera Rueda, Santiago (2009) Reflexiones sobre la revisión judicial de fondo de los laudos arbitrales. Lima Arbitration, 3. Disponible en: <http://goo.gl/Tq398G> (Accedido el 15.01.2014).
- Trazegnies, Fernando (1989) Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral. En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español* Lima: Cultural Cuzco.



- Tuesta Silva, Pedro P. (2010) La racionalidad funcional de la garantía de doble instancia (Tesis). PUCP. Disponible en: <http://goo.gl/bFPBi3> (Accedido el 15.01.2014).
- Urdaneta, Guido Eduardo (2011) El principio de doble instancia y su justificación en el proceso oral del trabajo en Venezuela (Tesis). Universidad Central de Venezuela. Disponible en: <http://goo.gl/gXFwce> (Accedido el 15.01.2014)