

MARIO CASTILLO FREYRE
RICARDO VÁSQUEZ KUNZE

ARBITRAJE
EL JUICIO PRIVADO: LA VERDADERA
REFORMA DE LA JUSTICIA

Biblioteca de Arbitraje
(Volumen I)

PALESTRA EDITORES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lima, 2006

ARBITRAJE
EL JUICIO PRIVADO: LA VERDADERA REFORMA DE LA JUSTICIA
Mario Castillo Freyre / Ricardo Vásquez Kunze

Noviembre del 2006
Tiraje: 1,000 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze, 2006
© Palestra Editores S.A.C., 2006

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º: 2006-10393
ISBN:

Impreso en el Perú - Printed in Perú

Mario Castillo Freyre (Lima, 1964) es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Catedrático de Obligaciones y Contratos de dicha Universidad, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

Ricardo Vásquez Kunze (Lima, 1965) es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ambos son autores de *Analizando el «Análisis». Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil* (2004) y de la *Reforma de la Enseñanza Jurídica en Debate* (2005). Ambos ejercen la profesión en el Estudio Mario Castillo Freyre.

ARBITRAJE
EL JUICIO PRIVADO: LA VERDADERA
REFORMA DE LA JUSTICIA

MARIO CASTILLO FREYRE
RICARDO VÁSQUEZ KUNZE

PALESTRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE

Página

Índice

Introducción

Capítulo I
EL SUEÑO DE LOS JUSTOS

Capítulo II
NATURALEZA Y DEFINICIÓN

Capítulo III
EL DOMINIO CONTRACTUAL

Capítulo IV
¿QUÉ ARBITRAR?

Capítulo V
LA FAMILIA ARBITRAL

Capítulo VI
ÁRBITRO

Capítulo VII
ÉTICA Y LA TESIS DE LA RELATIVIDAD
MORAL DE LOS ÁRBITROS

Capítulo VIII
RECUSACIÓN

Capítulo IX
CÓMO SE RESUELVE Y CÓMO NO SE RESUELVE UNA RECUSACIÓN

Capítulo X
EL PROCESO: OPORTUNIDAD, TEMPORALIDAD
Y *FAVOR ARBITRIS*

Capítulo XI
LAS PARTES DEL PROCESO: CONTRADICCIÓN,
NO DISCRIMINACIÓN Y BUENA FE

Capítulo XII
PARTES Y ÁRBITRO: BALANCE DE PODERES

Capítulo XIII
EL FIN DE MUCHAS COSAS: EL LAUDO

Epílogo

Bibliografía

«[...] Si pintara aquí a todos los jueces uno al lado de otro y usted se defendiera ante esa tela, tendría seguramente más éxito que delante del verdadero tribunal [...].»

Franz Kafka. *El Proceso*.

«Atena.- [...] Yo voy a escoger los jueces entre los ciudadanos más dignos y volveré con ellos. Ellos juzgarán el caso con conocimiento de causa, y emitirán su fallo fieles a la ley de su conciencia».

Esquilo. *Las Euménides*.

INTRODUCCIÓN

Es muy común al hombre creer que las circunstancias de su tiempo son eternas. Y es muy común porque es muy cómodo. La comodidad de no pensar más allá de los linderos de lo conocido da al hombre una inapreciable sensación de seguridad. De ahí que sea por comodidad y seguridad que el hombre viva la ilusión de la eternidad. La ilusión de que las cosas siempre serán como las conocieron y de que la Historia no les llega más que como un casi inaudible eco del pasado, desde alguna de esas bibliotecas que hoy apenas pocos visitan. Pero si acaso existe una única verdad, esa es la que enseña la Historia. Todo cambia, nada permanece y aquel «eterno retorno de lo mismo» no es sino el confortable sueño de una vida segura y feliz en la ignorancia.

Los últimos doscientos años han visto la apoteosis del Estado-Nación. Quienes escribimos estas páginas somos sus hijos, pero acaso seamos los últimos. La verdad es que no estamos seguros de si ese coloso que parecía eterno, de si ese «Papá Estado» sin el cual no podíamos imaginar nuestra vida, tendrá más descendencia. Lo cierto es que el Estado-Nación está viejo y agotado. Todo parece indicarlo. Ya no es el mismo de antes. Poco o nada puede ya engendrar y por eso es que las poderosas funciones que antaño lo legitimaban, hoy, al contrario, lo deslegitiman. Uno de esos poderes que languidecen es el de la administración de justicia. Por doquier. En el mundo. Pero en estos lares más que en cualquier lado. Lenta, onerosa, inepta, inmoral, corrupta,¹ la exclusiva función jurisdiccional del Estado, antaño garantía contra el abuso, hoy se ha convertido para muchos en la garantía del abuso. De la solución de los problemas sociales en los tribunales, hoy es uno de los grandes problemas sociales que exige solución. El arbitraje parece ser esa solución.

¹ En su edición del martes 5 de septiembre de 2006, el diario «Correo» de Lima (y en realidad todos los diarios de circulación nacional, emisoras de radio y canales de televisión), despertó a sus lectores con el siguiente titular: «¡Corrupto y pesetero! VOCAL SUPREMO SE EMBARRA POR S/.1,000. Magistrado [...] recibe coima para reponer policía».

En efecto, se trataba de un vocal supremo provisional de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, sorprendido *in fraganti* en la víspera, cobrando parte de una coima de S/.5,000.00 soles de un litigante (lo cierto es que se le encontraron S/.400.00 soles en el bolsillo). El Juez Supremo quedó expuesto ante las cámaras de televisión y la opinión pública. Los únicos sorprendidos fueron sus colegas del Poder Judicial y de la Corte Suprema, que se constituyó, para variar, en sesión de emergencia, como si la justicia en el Perú no viviera en una emergencia permanente. Al día siguiente, miércoles 6 de septiembre de 2006, el Presidente de la Corte Suprema en compañía del Presidente de la República, anunció la enésima reforma del Poder Judicial en el Perú, esta vez bajo el eufemismo de «reestructuración», dado lo devaluado del término «reforma».

Que una administración de justicia privada termine tomando la posta histórica de la justicia del Estado es una idea sugerente y poderosa. Sugerente porque significa desmitificar aquella justicia olímpica para la que los simples mortales somos incapaces de administrar. Poderosa porque roto el monopolio de los Palacios de Justicia queda roto también el tabú de que sólo el Estado, con su omnipotencia, puede garantizar la solución de controversias en una sociedad posmoderna. Y esto significa algo tremendo. Pues si como sugerimos aquí la justicia del Estado-Nación está en crisis, los principios filosóficos que una vez la animaron también lo están. El juez natural, el absolutismo de la igualdad ante la ley, la pluralidad de instancias, la gratuidad de la función jurisdiccional del Estado, la publicidad de los juicios, en fin, todo aquello que antaño garantizaba la recta y expeditiva administración de justicia, hoy parece ser una insoportable carga que hace imposible, precisamente, llegar a esa justicia. Y son de esas cargas de las que el arbitraje, así lo creemos al menos, se ha deshecho. Por eso es que funciona... y bien.

Por supuesto que todos estos cambios generan controversia. Ningún cambio se produce sin generarla. La voluntad de poder es un impulso vital aun en aquellas caducas instituciones que caminan, como la justicia del Estado, arrastrando los pies. Porque la que una vez fue ama y señora no quiere dejar de serlo por vieja. Y siempre hay escuderos póstumos. Desde aquellos que declaran la inmortalidad del Estado-Nación y la soberanía de sus funciones jurisdiccionales rasgándose las vestiduras por los tribunales nacionales, hasta los cándidos que, reconociendo su decrepitud, todavía creen en esos principios tan queridos para la administración de la justicia ordinaria y que consideran inaudito que el arbitraje los esquive o, peor aún, los ignore. De ahí que no falten quienes, con la mejor de las intenciones pero la más ciega de las visiones, quieran reproducir en el arbitraje los mismos vicios que han causado la ruina de la justicia pública. Esto sólo demuestra lo difícil que es deshacerse del paradigma de justicia que heredamos desde hace doscientos años.

Sea como fuere, el arbitraje es una realidad. Y lo será aún más en la medida de que la administración de justicia del Estado siga la suerte de ese Estado-Nación que hoy está postrado. Así pues las realidades deben ser estudiadas para ser comprendidas. Ése es el propósito de *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*. Analizar profundamente una institución que se perfila en un futuro no muy lejano como el nuevo horizonte de una justicia también renovada, acaso la única respuesta real a los enésimos fracasos de reformas de la judicatura en el Perú.

En ese sentido éste no es un libro tradicional sobre arbitraje. No es un manual. Propone algo más que una exégesis convencional de las normas positivas que lo sustentan. Trata de profundizar sobre los grandes problemas de la justicia y los principios que la animan desde el punto de vista de una administración de justicia privada. Es una aprehensión filosófica del arbitraje privado contemporáneo con todo lo que esto implica, pero es asimismo una aproximación empírica de primer orden al concreto mundo de los juicios privados, en tanto la experiencia de uno de los coautores como árbitro y como abogado de parte en procesos arbitrales desde la práctica en el Estudio Mario Castillo Freyre.

El libro aborda pues desde la crisis de la justicia pública peruana, en cuyo espejo pueden mirarse —un poco más cerca, un poco más lejos— el común de las justicias latinoamericanas, pasando por los grandes debates conceptuales sobre la naturaleza y la definición del arbitraje así como la ética que le debería ser propia, hasta el análisis del proceso arbitral en sí mismo bajo el contexto de la Ley General de Arbitraje peruana, la doctrina y la experiencia profesional.

Así pues, nada más ajeno al espíritu de este libro que el de las enciclopedias, que el del inventario de datos y las exégesis de Perogrullo. Polémica filosófica, polémica ética, polémica sobre el contenido de nuestra Ley General de Arbitraje y polémica sobre el ejercicio de la función arbitral es lo que la comunidad jurídica podrá encontrar en este libro. Porque un libro que no genere polémica no es un libro, y jamás debería salir de la imprenta.

De ahí que este libro no pretende ser tampoco un tratado que se ocupe de todos los temas relativos al arbitraje. Los coautores han sido selectivos con los problemas y el debate que han querido hacer públicos y han dejado aquéllos que por el momento no han concitado su interés. Sin embargo, dado que uno de los principales propósitos de este ensayo es difundir el arbitraje como una nueva forma de hacer justicia para las mayorías, el interés intelectual de los coautores por el arbitraje no se puede agotar con este libro, que constituye apenas el primer volumen de una biblioteca jurídica, La Biblioteca de Arbitraje, que el Estudio Mario Castillo Freyre inaugura con este libro, y que pretende ser una columna del estudio de una institución cuya construcción contemporánea recién empieza. Habrá sin duda mucho más que decir sobre el arbitraje en los siguientes volúmenes, en la medida de que aquella visión de una administración de justicia pública eterna a la que se hacía

mención al principio de esta introducción, vaya desdibujándose hasta cobrar conciencia de su inexorable mortalidad.

Finalmente, los coautores quieren reconocer y agradecer el invaluable aporte a este libro de la señorita Sonia Flores Jara, brillante bachiller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, que acopió y sistematizó la información que sirvió de base para la discusión y redacción de varios de los capítulos de este primer ensayo de la Biblioteca de Arbitraje.

Lima, septiembre del 2006

Mario Castillo Freyre
Ricardo Vásquez Kunze

Capítulo I

EL SUEÑO DE LOS JUSTOS

LA JUSTICIA COMO ATRACCIÓN TURÍSTICA.— SÍMBOLOS DE AYER Y SÍMBOLOS DE HOY.— INSATISFACCIÓN GENERAL DE SU ADMINISTRACIÓN OFICIAL.— ALGUNAS CIFRAS.— TODOS LOS GOBIERNOS CON SUS REFORMAS BAJO EL BRAZO.— LA RESPUESTA DEL PUEBLO A LAS REFORMAS OFICIALES: LOS LINCHAMIENTOS.— EL FRACASO TOTAL DE LAS REFORMAS OFICIALES.— POR QUÉ FRACASAN Y FRACASARÁN LAS REFORMAS OFICIALES.— EL INFORME DEL DOCTOR PÁSARA.— MÁS CIFRAS.— LA EDUCACIÓN JURÍDICA EN EL FONDO DEL PROBLEMA.— LA MEDIOCRIDAD ENQUISTADA EN EL PALACIO DE JUSTICIA.— LA REFORMA JUDICIAL DE LAS CALLES: LA VENDETTA Y EL ARBITRAJE.— CONDENA DE LA VENDETTA Y APOLOGÍA DEL ARBITRAJE.

Frente a los cien balcones de uno de los hoteles todavía más importantes de Lima, el Sheraton, separado por la inmensa explanada del Paseo de los Héroes Navales donde cada cinco años los principales candidatos a la Presidencia del Perú cierran sus campañas proselitistas rasgándose las vestiduras por una justicia que los peruanos esperan inútilmente, está el Palacio de Justicia. No se alza, no se yergue, no emerge. Simplemente está.

Antes, hace muchísimos años, cuando la simbología todavía era un elemento fundamental del ejercicio del poder y los magnates sabían de su hechizo sobre los simples del mundo, las sombras neoclásicas de esta hermosa construcción de cemento dominaban la tenebrosa prisión del Panóptico, en el mismo sitio donde hoy hállase el hotel de cinco estrellas.

A través de los barrotes, durante cada segundo, cada minuto y cada hora de su forzoso encierro, los desdichados sólo podían ver aquel palacio de donde salieron la última vez que fueron libres, como para hacerles recordar siempre el lugar donde la sociedad condena a aquellos que la afrentan con sus crímenes y trapacerías. El que delinque pasa pues de un palacio a una mazmorra. Ése era el mensaje del símbolo. Tenía entonces todavía gran poder sobre la imaginación del pueblo, de ricos y pobres por igual, ese hermoso palacio guardado por fieros leones.

Hoy el palacio sigue allí pero la prisión no. Hoy «está» para la curiosidad turística de los amigos de ultramar que, desde el hotel, entre piscosour, whisky y martinis, contemplan ya no un poder, el poder de la judicatura, sino las patéticas ruinas de acaso la función más importante del

Estado: la de administrar justicia. Porque, en efecto, como si los símbolos quisieran recordarnos que todavía tienen mucho que decir, hay jueces, hay fiscales y abogados solazándose aún en los pasillos del palacio, pero no hay cárcel a dos pasos, ni a tres, ni a cuatro, sino la calle donde se pasean impunemente los delincuentes.

No hay pues más justicia en el palacio sino que, por el contrario, reina allí la más profunda injusticia, la que condena a cientos de miles de peruanos inocentes, ellos sí, a diligencias interminables, a juicios casi infinitos, a toda una vida de litigio con la ignorancia, estupidez, malicia y venalidad de la inmensa mayoría de aquellos que constitucionalmente están llamados a representar al pueblo a la hora de hacer cumplir las leyes y determinar quién tiene derecho y quién no en un conflicto.

Severa, o en el mejor de los casos exagerada, podría parecer nuestra apreciación para cualquiera que no hubiese tenido la trágica experiencia de un *rendez-vous* con las cortes de justicia del Perú. Sin embargo, no somos sino parte de la estadística, de aquella que en Lima desaprueba con un aplastante 77.1% la gestión del Poder Judicial,¹ de aquella que en el Perú desconfía de él con un inapelable 96%² y que, en consecuencia, como no podía ser de otra manera ante semejante estado de cosas, somos parte también de aquella que, con la atronadora voz del 94% de opinantes, clama por su total reforma.³

Pero mientras algunos peruanos siguen esperando ilusamente que la enésima «reforma judicial» que cada gobierno trae bajo el brazo funcione — Velasco hizo la suya, Belaunde, García Pérez, Fujimori y hasta Toledo las

¹ Encuesta de la Compañía Peruana de Estudios de Mercados y Opinión Pública CPI realizada en el ámbito de Lima Metropolitana del 22 al 24 de julio de 2006 sobre una muestra estadística de un total de 500 entrevistados.

² Encuesta de Apoyo, Opinión y Mercado para el diario El Comercio, realizada a nivel nacional entre el 13 y 15 de septiembre de 2006. La pregunta fue: ¿Cree usted que el Poder Judicial es confiable, poco confiable o nada confiable? Respondieron que confían en el Poder Judicial, el 2% de los entrevistados. Que confían algo, el 7%. Que confían poco, el 32%. Que confían nada, el 57%. No precisaron, 2%.

³ Ver nota 2. En este caso la pregunta fue: ¿Cree usted que el Poder Judicial necesita una reforma? Sólo 3% estuvo en desacuerdo y 3% no supo o no opinó.

Pero el deseo de un cambio profundo del Poder Judicial no es una cuestión coyuntural. En el año 2004, según una encuesta de la Compañía Peruana de Estudios de Mercado y Opinión Pública (CPI), realizada en el ámbito de Lima Metropolitana el 24 y 25 de julio, sobre una muestra estadística de un total de 500 entrevistados, el 91.7 de los encuestados se pronunció porque se reforme el Poder Judicial. Lo interesante de esa encuesta es que reseñó los niveles socio-económicos de los encuestados que pedían la reforma. La coincidencia fue unánime en todas las clases sociales: en el alto/medio 93.2%; en el bajo 91.9%; y en el muy bajo 91.0%.

propias—, en las calles, la inmensa mayoría del pueblo, cansado de esperar en vano algo que saben nunca llegará por las vías oficiales de ejecutivos y parlamentos⁴ tan desprestigiados como el propio Poder Judicial al que intentan reformar, ha iniciado su propia reforma de la justicia, o más bien dos reformas, terrible⁵ la una y civilizada⁶ la otra, pero, en cualquiera de ambos casos, sin duda más efectiva que aquella atracción turística que el Estado peruano expone hoy frente al Sheraton.

En efecto. Es porque la justicia no puede esperar ya ni un solo segundo que ésta llamó, en la versión más brutal de la reforma judicial propuesta por el pueblo, la penal, a la puerta de Harold L. Ch. y Juan Manuel G. O., dos hampones que, impunes por gracia de la justicia oficial, robaban sin temor alguno a las gentes de bien de su propio barrio, San Benito, en uno de los distritos más pobres de Lima, Carabayllo.

Era el último fin de semana de noviembre de 2004 cuando al grito de «justicia popular», una masa humana, harta de los latrocinios y totalmente segura de dónde había que hallar a los autores de sus desdichas, abrió a patadas la puerta de la casa de los susodichos, apoderándose de ellos que aterrados sólo atinaban a pedir piedad. Extraídos de su guarida a cachetadas, puñetes y palazos, los jóvenes, pues apenas contaban con 21 y 22 años, aprendieron en cuerpo y alma el profundo significado de aquello de que la justicia emana del pueblo. Sabían pues por qué los venían a buscar.

Inmediatamente empezó la procesión justiciera con los acusados arrastrados por las polvorientas calles de San Benito, con breves estaciones en las puertas de las casas de sus víctimas reales o supuestas —todo lo robado alguna vez por allí parecía ser obra ese fatídico día de Harold L. Ch. y Juan Manuel G. O.— que pedían a grito pelado la pena más severa: la muerte. A los acusados seguíanles las pruebas de sus crímenes, pues el pueblo exhibía en triunfo varios electrodomésticos —un radio viejo, algunos televisores

⁴ El reporte n.º 7-11/junio del 2006 del Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú, señala que el nivel de desconfianza en el Congreso de la República llegó al 81% (poca o ninguna confianza) en Lima Metropolitana y el Callao. A nivel nacional, la encuesta de Apoyo, Opinión y Mercado reseñada en la nota 2 de este capítulo, registró en septiembre del 2006, una desaprobación del Congreso de la República de 42%; una aprobación de 36%. No precisaron 22%.

⁵ Esta «reforma» terrible de la justicia, como se verá, parece ser una de naturaleza exclusivamente penal.

⁶ La «reforma» civilizada correspondería, como se verá también, a una de naturaleza más bien civil.

destartalados, celulares, videograbadoras y cámaras fotográficas— encontrados en la casucha de los rateros.

Ensangrentados y totalmente desnudos luego de ser expuestos ante la vindicta pública, los pocos huesos que quedaban sanos de los escarmentados jóvenes llegaron a un descampado donde un letrero anunciaba el lugar de la justicia tanto tiempo esperada: «Ampliación II Cruz del Norte». Había llegado la hora del «proceso». Instalóse pues de inmediato el tribunal del pueblo. Cuatrocientos hombres y mujeres humildes tomaban parte en este «mega juicio» sin precedentes para ellos donde, estaban seguros, los cacos pagarían por fin sus innumerables delitos.

Como acusador principal se alzó —eso le pareció a todos lo más justo— un poblador de iniciales JMC en cuya casa se había producido el último robo. En fiscal se erigió otro vecino, VQI, de 41 años, cuya fogosidad en la sindicación de los crímenes de los «procesados» fue de popular beneplácito. Finalmente fue elegida juez la adusta matrona DRDO, una morena dirigente comunal respetada por todos los vecinos de la zona. El pueblo decidió que los hampones se defendieran solos.

Se inició el «juicio». Para Harold L. Ch. y Juan Manuel G. O. no hubo banquillo de los acusados. Un poste sujetó sus desvencijados cuerpos casi estrangulados por potentes y celosas sogas. Entonces la «juez» exigió una confesión apoyada en sus exhortos por el «fiscal». Como los acusados sólo emitían débiles murmullos, acaso por lo hinchado de sus bocas ya sin dientes a fuerza de inmisericordes palazos, doña DRDO, togada con un delantal manchado de grasa de pollo y una cachucha negra de lunares blancos que hacía de birrete, ordenó un castigo que refrescara sus memorias y le soltara las lenguas.

Fueron rapados y luego la saña los cubrió de la cabeza a los pies. Ante sus alaridos y sus invocaciones a la piedad estalló el enardecimiento general. Cuando el kerosene bañó sus cuerpos los acusados supieron que ya no era hora de pedir piedad sino de confesar. Y lo hicieron. «Soy ratero, confieso, pero no me maten, por favor» se dice que dijo Harold L. Ch. Y a confesión de parte relevo de prueba. VQI, el «fiscal», pidió entonces la pena de muerte bajo el argumento de que se habían recuperado las cosas robadas en la casa de los «procesados» y ambos habían confesado sus crímenes. Entonces, ante la algarabía general, doña DRDO impartió justicia con un mohín de solemnidad pero apurada para llegar a tiempo a cocinar en su comedor popular. Sentenció

entonces la «juez»: «Los que roban a los pobres deben irse cuanto antes al infierno. Merecen morir».

Entonces, cuando el fósforo de la justicia estaba ya prendido para ejecutar la condena de los malhechores expedida en un tiempo récord — entre la «captura» y la «sentencia» no había pasado más de una hora— Dios quiso darles a esos pobres infelices una última oportunidad. Todavía no había llegado para ellos la hora del juicio final. Irrumpió la policía en el patíbulo, alertada sin duda por algún vecino que se guardó bien su compasión en el anonimato. Y a fuerza de balazos al aire y un aluvión de bombas lacrimógenas, la fuerza de la ley logró abrirse paso hasta las piltrafas humanas todavía con vida en que estaban convertidos Harold L. Ch. y Juan Manuel G. O., para rescatarlos de la justicia del pueblo y ponerlos en manos de la oficial, la de la hermosa vista que tienen los balcones del Sheraton. «Han tenido ustedes más suerte que el pobre diablo de este último jueves» —se trata del jueves 18 de noviembre de 2004—, les dijo en la comisaría el jefe de la Dirección de Operaciones Especiales que los había rescatado. «A ese no pudimos salvarlo».⁷

Tampoco parece que tiene visos de salvación la justicia oficial, por lo menos, desde las alturas del poder afincado en la Plaza de Armas, la Plaza Bolívar o el Paseo de los Héroes Navales.⁸ Ninguna reforma judicial que ha venido de allí ha tenido éxito en los últimos cuarenta años y por lo tanto parece muy poco probable, después de tantísimos ensayos fallidos, que lo tendrá. Porque lo sucedido en San Benito no es una excepción lamentable. Empieza a ser una regla de justicia, de una nueva justicia, de una justicia reformada desde el llano y por la cual sus autores, en este caso los sectores más humildes y desamparados de la sociedad,⁹ están dispuestos a apostar para satisfacer esa necesidad elemental que el Estado peruano no está en condiciones de dar.

⁷ Ésta es una historia real. El lector puede revisar al efecto los diarios de circulación nacional *Perú 21* y *La República* de fecha martes 23 de noviembre de 2004, de donde los autores han extraído las diferentes versiones de los hechos y recreado el relato.

⁸ Para nuestros lectores extranjeros, allí se encuentran, respectivamente, el Palacio de Gobierno, el Palacio del Congreso de la República y el Palacio de Justicia.

⁹ «De acuerdo con información recabada por la Policía Nacional del Perú (PNP), la mayoría de los casos (de linchamientos) en la capital tuvieron como escenarios asentamientos humanos de San Juan de Lurigancho, San Martín de Porras, San Juan de Miraflores, Comas y Ate Vitarte». Diario *La República* del 4 de noviembre de 2004.

Porque no por nada se han producido en el Perú desde enero de 2004 hasta noviembre del mismo año, 1,993 linchamientos contra hombres y mujeres acusados por delitos que parecen ajenos al interés de la justicia oficial, 965 de los cuales en la misma ciudad de Lima. Y dieciocho personas han muerto en ese período, «condenados» a la pena capital¹⁰ —que no existe constitucionalmente en el Perú salvo en caso de traición a la patria mediando una guerra exterior—, entre ellas autoridades estatales cuya víctima más famosa fue el alcalde de la ciudad de Ilave, en Puno, ajusticiado por «corrupto» y quemado vivo ante las cámaras de televisión el 26 de abril de 2004, para pasmo del mundo pero no del Perú.

Porque lo terrible de esta versión penal de «reforma popular» de la justicia está en la aceptación que ella tiene para muchos peruanos. En efecto, las estadísticas son nuevamente contundentes. Para el 64% de limeños es absolutamente justificable la administración de justicia por mano propia en tanto las autoridades no sean capaces de castigar con el máximo rigor a los delincuentes. Sólo el 35% consideró que la población no tiene derecho a hacer justicia con sus propias manos. Las razones de tan alto porcentaje de aprobación de los linchamientos, esto es, de una justicia paralela y totalmente opuesta a los parámetros de la justicia oficial, fueron la falta de autoridades honestas en un 45% y la falta de autoridades capaces con 39% de las opiniones.¹¹ En síntesis, la horrenda radiografía de una justicia oficial en estado terminal.

Las causas de esta crisis indiscutida de la justicia oficial peruana son muy complejas. Todas las estadísticas expuestas hasta aquí, así como uno de los tantos casos descarnados que hemos relatado, sólo nos muestran hasta donde ha llegado el problema, pero nada nos dicen sobre el porqué el pueblo se ha visto obligado a tomar la reforma judicial en sus propias manos ante el fracaso reiterado e inapelable de las reformas de Estado. En otras palabras: ¿Por qué han fracasado las reformas oficiales y por qué tienen todos los visos de seguir fracasando?

Una respuesta bastante plausible del fenómeno del descalabro de la administración de justicia en el Perú lo proporciona un esclarecedor estudio

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Encuesta de la consultora Apoyo realizada en la ciudad de Lima entre el 11 y el 12 de noviembre de 2004 sobre la base de una muestra de 609 personas. 61% de los entrevistados consideró que la población tiene derecho a hacer justicia con mano propia, pero sin llegar a matar, mientras que un 3% aprueba inclusive quitar la vida. Sólo un 1% declinó responder.

encargado por el Ministerio de Justicia al reconocido investigador social y abogado, doctor Luis Pásara, que, en agosto de 2004 hizo público el impacto que sobre la administración de justicia tiene la enseñanza del Derecho en el Perú.¹² La tesis de Pásara es muy simple. La crisis de la justicia peruana es *ab origine*, esto es, tiene su origen en la formación académica y profesional de quienes están llamados a ejercerla: los abogados.

En efecto, casi nadie quiere recordar que un sistema judicial oficial opera exclusivamente con abogados. Son abogados los jueces de primera instancia, de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema. Son abogados los fiscales del Ministerio Público. Y son abogados los que patrocinan litigios en los pasadizos del Palacio de Justicia. Y estos abogados no nacen sino se hacen en alguna universidad pública o privada.¹³

Sobre estos abogados que en el renovado argot del Derecho se suele conocer hoy como «operadores de justicia», el informe del doctor Pásara establece que «La deficiente calidad del abogado ha contribuido a profundizar el problema de la administración de justicia, puesto que hay un desempeño deficiente en todos los actores: abogados, fiscales y jueces».¹⁴ Es más. Que «Los abogados mismos han contribuido de manera sistemática a deteriorar la imagen de la justicia, como cobertura de su práctica profesional pobre»¹⁵ [...] y que, por lo tanto, debido a que «Gran parte de las deficiencias dependen del pésimo servicio del abogado, *sin un cambio de los abogados, cualquier intento de reforma no puede funcionar*».¹⁶

Así las cosas, puede entenderse perfectamente por qué resultan estériles todas aquellas reformas judiciales que pretenden abordar el problema

¹² PÁSARA, Luis. *La enseñanza del Derecho en el Perú: su impacto sobre la administración de justicia*. Lima: Ministerio de Justicia del Perú, 2004.

¹³ Sin embargo, en la crisis de la justicia oficial peruana, la percepción de la opinión pública paradójicamente no le otorga mayor responsabilidad a los abogados. Señala el informe que «En la percepción social del problema, el desempeño de los abogados no parece como un componente del problema de la justicia, que merezca preocupación» [...] «Ocurre una conversión mediante la cual la desaprobación del sistema de justicia equivale a la desaprobación del desempeño de jueces y fiscales. Pero, a menudo, el abogado es el primer escalón que pisa quien tiene que vérselas con la justicia» Sugiere el informe que esto se debe a que «Cuando se debate públicamente sobre el estado de la justicia y sus causas, los participantes son principalmente abogados, venidos a evaluadores. Responsabilizando al sistema o a sus funcionarios, los abogados litigantes se han descargado de la responsabilidad que en verdad tienen en relación con el desempeño de la justicia». PÁSARA, Luis. *Op. cit.*, pp. 10, 12 y 23.

¹⁴ *Idem*, p. 21.

¹⁵ *Idem*, p. 23.

¹⁶ *Idem*, p. 22. (La cursiva es nuestra).

de la crisis de la administración de justicia en el Perú incidiendo en pequeños o grandes cambios constitucionales al Poder Judicial; o recomponiendo cada cierto tiempo, *manu militari*, las salas de la Corte Suprema y las Cortes Superiores expectorando a jueces y fiscales que más tarde regresarán amparados en sendos fallos del Tribunal Constitucional de turno; o abriendo de par en par las puertas de la magistratura a quien fuere para paliar una oferta de justicia cuya demanda ha sobrepasado todos los límites imaginados; o apostando por el incremento de las remuneraciones para mejorar la honestidad, calidad y productividad de los servidores judiciales, jueces y fiscales incluidos; o, finalmente, creyendo ilusamente que con más ambientes, computadoras e internet la administración de justicia por fin marchará sobre rieles. Todo esto se ha hecho ya y nada ha funcionado.¹⁷

La verdad es que todas estas reformas oficiales no pueden ni podrán funcionar porque el Estado no ha atacado el problema de fondo de la administración de justicia, a saber, el problema de la educación jurídica de los abogados. Porque si hay abogados incapaces de un cabal conocimiento del caso a su cargo, si hay abogados ajenos a toda solidez de un razonamiento jurídico medio, si hay abogados nulos para redactar con claridad y precisión cualquier elemental recurso, si hay abogados ignorantes de la sabiduría jurídica que todo profesional del Derecho competente debería tener, y si hay abogados excéntricos al sentido común y a la ética, hay, en lamentable consecuencia también, jueces y fiscales investidos con todas estas carencias a la hora de administrar justicia.

Y lo más triste de este asunto es que ha sido el Estado el gran responsable de la debacle de la educación universitaria nacional (pública y sobre todo privada) y, por ende, de la formación profesional y académica de varias carreras de estudios superiores, entre éstas y especialmente, la de Derecho. Es decir: mientras el Estado «reformaba» el edificio de la justicia en las alturas del *penthouse*, dinamitaba todos sus cimientos barriendo con la

¹⁷ De una u otra forma en los últimos 30 años la administración de justicia en el Perú se ha estado reformando oficialmente probando todas las recetas por nosotros reseñadas. Sobre las consecuencias de estos resultados en la opinión pública, amén de las dramáticas señaladas por nosotros en este capítulo y que indican ya la metástasis del sistema judicial, es pertinente lo expuesto en el informe del doctor Pásara: «Pese a que la justicia en América Latina no tiene un alto grado de reconocimiento ni produce niveles importantes de satisfacción social, el caso peruano está entre los más graves. El *Latinobarómetro* midió en 2002 el nivel de confianza en el Poder Judicial; entre 17 países, el Perú ocupaba el puesto 14. Ese mismo año, el Barómetro Iberoamericano de Gobernabilidad (CIMA) efectuó igual medición en 16 países: el Perú compartió con Argentina el último lugar». *Idem*, p. 9.

calidad de la enseñanza universitaria del Derecho. Esa es nuestra conclusión a la luz del prolijo informe del doctor Pásara.

En efecto, durante la última década del siglo XX, bajo el largo gobierno del presidente Alberto Fujimori y, en nuestro criterio, atendiendo a razones meramente demagógicas, el Estado propició la proliferación de universidades en todo el Perú, con el fin, se argüía, de permitir mejores oportunidades de vida a través de la educación universitaria a quienes en los lugares más remotos de la Patria no tenían ninguna. Sin duda se ganaron muchos votos con esta plétora de nuevas universidades que generaban ilusas expectativas, pero se terminó de aniquilar el ya desde hace mucho tiempo vetusto edificio de la educación superior en el Perú.

Así, «Según el *Informe sobre educación superior en Perú*, preparado por UNESCO en 2003, entre 1990 y 2000 se establecieron 24 nuevas universidades, de las cuales 18 eran privadas; el total de nuevas universidades surgidas en esa década constituyó un tercio de las 72 existentes hasta la fecha, según información estadística proporcionada por la ANR. En el informe de la UNESCO, se sostiene que el periodo se caracteriza por el crecimiento de la educación superior universitaria privada, como consecuencia de la creación del Consejo Nacional de Universidades (sic), encargada (sic) de otorgar autorización de funcionamiento provisional de universidades, a solicitud de personas jurídicas».¹⁸ Lo cierto es que el nivel académico de la gran mayoría de estas nuevas «universidades» es, y no es novedad para nadie, por decir lo menos, deplorable.¹⁹

¹⁸ *Idem*, p. 27.

¹⁹ Sobre el particular, el doctor Róger Guerra-García declaró públicamente haber «renunciado [al CONAFU] por disconformidad con la autorización como universidades de instituciones que benévolamente corresponderían al mando medio» *Idem*, p. 27.

El CONAFU es el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades. De acuerdo a su régimen vigente desde 1995, «para otorgar la autorización provisional de funcionamiento de una universidad, la entidad promotora debe acreditar, entre otros elementos, «conveniencia regional y nacional, sustentada en un estudio de mercado de las especialidades que se proponga crear», «disponibilidad de personal docente calificado», «infraestructura física adecuada», y «servicios académicos imprescindibles (bibliotecas, laboratorios y afines)» (Ley n.º 26439, artículo 7). La impresión recabada de informantes que reclamaron el anonimato sugiere que la acreditación de algunos de estos requisitos en los hechos no ha sido rigurosa; este señalamiento parece ser confirmado por el caso de aquellas universidades creadas con el objetivo de ofrecer la carrera de derecho, respecto de la cual difícilmente podría demostrarse en el país, desde hace muchos años, mediante ‘un estudio de mercado’ la conveniencia de su expansión. Las visitas efectuadas por el equipo de trabajo de este estudio verificó (sic) que en varias universidades no se cumplían en modo alguno varios de los requisitos prescritos por la ley». *Idem*, p. 27.

Pero a esto vino a sumarse el desastre total cuando a partir de julio de 2001, en las postrimerías del Gobierno Transitorio del presidente Valentín Paniagua, las «universidades» pudieron constituir «filiales» fuera del ámbito departamental de su creación.²⁰ El lector ya se podrá imaginar la calidad académica de estas «filiales». Dice el informe del doctor Pásara que «Según información de la ANR, hasta mayo de 2004 se había autorizado el funcionamiento de nueve filiales universitarias en las que funcionaba la carrera en derecho. Sin embargo, se constató que, cuando menos, en el país existía un total de 28 filiales que ofrecían la carrera de derecho». [...] «Las filiales no estaban bajo la dirección de un abogado en diez de los 16 casos sobre los que se obtuvo información. Muchas funcionan en casas, colegios o en locales comerciales manifiestamente inapropiados para el funcionamiento de una universidad» [...] «Y en las entrevistas con los profesores se constató un nivel sensiblemente más bajo que en las universidades sede, que en algunos casos implicó ciertas dificultades de expresión. Pese a todo, algunos de los alumnos entrevistados consideraban que la existencia de filiales en su localidad es el único medio de superación mediante la obtención de un título cualquiera».²¹

Y, retomando el hilo conductor de la crisis terminal de la administración de justicia en el Perú, de estas universidades impresentables de hoy²² y de las muchas nada recomendables de ayer salen —salvo excepciones que tienen aquí realmente el carácter de preciosismo— aquellos que litigarán, acusarán en nombre del Estado y dictarán sentencia en el majestuoso edificio de los leones y las columnatas romanas del Paseo de los Héroes Navales.

Porque, la verdad sea aquí dicha sin medias tintas, muy pocos abogados exitosos egresados de aquellas universidades que el medio jurídico —esto es, los propios abogados en ejercicio, independientemente de la función que ejercen— considera de primer nivel,²³ está en la carrera judicial o piensa

²⁰ Ley n.º 27504.

²¹ PÁSARA, Luis. *Op. cit.*, pp. 29 y 31.

²² Sobre el aporte al sistema de justicia de estas nuevas «universidades» es contundente la conclusión del informe del doctor Pásara: «Entre los cuadros de la administración de justicia estatal no se percibe aún el impacto de los profesionales egresados de universidades creadas en los últimos quince años que ofrecen, en muchos casos, estudios de derecho de calidad discutible». *Idem*, p. 25.

²³ «De otra parte, el segundo sector de abogados fue distinguido por los entrevistados a partir de «diferencias abismales» con el primero, según indicó una jueza. Un magistrado subrayó que se trata de «un núcleo con muchos conocimientos» [...] Usualmente, los abogados de este estrato provienen de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, según anotó otro entrevistado [...] La diferencia con el estrato bajo de la profesión, puntualizó un entrevistado,

estarlo. Ni como jueces o vocales, ni como fiscales titulares o provisionales del Ministerio Público, ni como miembros del Consejo Nacional de la Magistratura. Por el contrario, del sector profesional cuya formación académica es considerada sumamente deficiente y que se estima entre 80 y 90%²⁴ de los abogados en ejercicio, «se está reclutando, salvo excepciones, a quienes ingresan actualmente como magistrados al Poder Judicial y al Ministerio Público, como canal de ascenso». Y como para graficar grotescamente todas estas aseveraciones en carne y hueso, en un caso de la mayor importancia, el de los jueces, el informe del doctor Pásara da cuenta de una anécdota que no por tal deja de ser quizás más reveladora que cualquier cifra, la de un alumno de una universidad privada del Sur que dijo: «No me gusta el derecho pero mis padres quieren que lo estudie» y, luego, indicó imaginar su trabajo profesional como juez, una vez graduado».²⁵

A la luz de estos hechos nuestra hipótesis es entonces la siguiente: se está produciendo en el Perú una reforma de la justicia que emerge de las calles. Tiene ésta por característica esencial prescindir para todos los efectos de los cuadros de la administración de justicia estatal marcada por el sino de la mediocridad profesional y académica y la absoluta incompetencia, cuyo símbolo son los Palacios de Justicia. En lo que podríamos llamar la «reforma penal» de la justicia «antioficial» y cuyos promotores son los sectores más pobres de la sociedad como lo hemos adelantado en las líneas precedentes, esta reforma no sólo prescinde de los servicios del *establishment* judicial donde han ido a parar la mayoría de los actores más devaluados de la profesión de abogado, sino también y por razones estrictas de poder adquisitivo, de los profesionales del Derecho signados por la minoría de la excelencia. En suma, han prescindido de todos los «operadores jurídicos» y se han arrogado ellos mismos esa función. Los pobres, pues, en el ámbito penal de esa reforma de la justicia «antioficial», se han convertido en jueces, fiscales y abogados. Este es el terrible panorama de la justicia por mano propia.

no se halla fundamentalmente en el origen social sino ‘en la formación que recibió’. *Idem*, pp. 14 y 15.

²⁴ «Cuando se preguntó a este grupo de entrevistados enterados por *su impresión general sobre los abogados en ejercicio hoy en el país*, el término más frecuente en las respuestas fue el de una ‘deficiencia’, que se habría agravado en los últimos años. Sin embargo, la mayor parte de quienes respondieron se apresuraron a demarcar enseguida una clara diferenciación en el servicio profesional, que puede caracterizarse en torno a dos polos. De un lado, un sector mayoritario –entre 80 y 90%, se aventuraron a calcular algunos entrevistados– que es portador de las mayores deficiencias y, de otro, un sector minoritario, el cual sí ‘trae conocimientos técnicos’, según testimonió (sic) una jueza». *Idem*, p. 12.

²⁵ *Idem*, p. 21.

Existe empero otro sector social diametralmente opuesto al de los arenales de Lima y a la punta de algún cerro que, sin embargo, con la misma lógica de los pobres, también ha prescindido de los servicios que ofrece el Estado en materia de justicia. Los ricos —por usar un término maniqueo pero bastante ilustrativo—, al menos en materia civil o comercial, tampoco quieren pisar nunca más ningún palacio donde les ofrezcan «justicia». Ellos también han iniciado su «reforma». La diferencia con la de los pobres —descontada la materia justiciable— es que la de este sector social afortunado no ha expectorado a todo el sistema de «operadores de justicia», sino tan sólo al de la administración oficial que, en buena cuenta, representa a la mayoría de los profesionales del Derecho en el Perú. Es entonces de la minoría egresada de las mejores universidades y las más prestigiosas Facultades de Derecho del país que, de un tiempo a esta parte, quienes pueden pagar sus servicios, están reclutando a sus propios jueces privados para resolver sus peticiones.

En efecto, en esta versión civil de la «reforma antioficial» de la justicia, es mediante un contrato que las partes involucradas en un conflicto de intereses nombran a quienes a su criterio son los letrados más idóneos para resolver su caso. Es mediante un contrato también que les imponen a *sus* jueces las reglas del juego. Es mediante un contrato que les señalan el plazo máximo para fallar, esto es, el resultado de la justicia del que dependerán, también por contrato, sus honorarios. Todo lo contrario pues de lo que los abogados conocemos por administración de justicia oficial donde ni los litigantes eligen a sus jueces, ni tienen ningún poder sobre la estructura del proceso, ni pueden pagar por resultados, por lo que la justicia espera siempre las calendas griegas.

El arbitraje es esta otra reforma de la administración de justicia salida de la calle que, aunque privada, no es por mano propia. Por eso tiene el futuro que la *vendetta* no tiene. Porque la *vendetta* es intolerable en una sociedad civilizada y debe ser combatida por ésta para no desaparecer en la hoguera de la barbarie. El arbitraje, por el contrario, representa lo más acabado de la civilización porque la sociedad, de la que las grandes mayorías son la columna vertebral, consciente de su madurez, se aviene a resolver sus conflictos directamente sin alejarse del Derecho, pero prescindiendo de forzosos intermediarios oficiales²⁶ cuya actuación, ya lo hemos visto, nos aleja cada vez más de aquel precioso bien que es para todo ser humano la justicia. Porque el

²⁶ Aunque no del todo, como se verá en los siguientes capítulos, pues para que la justicia del arbitraje sea efectiva en términos sociales, siempre necesitará del aval del monopolio de la fuerza en manos de la comunidad jurídica, esto es, de su poder de imperio y coacción.

arbitraje, que quede bien claro, no es sólo un sueño de ricos. Puede y debe ser una realidad para los pobres, pues los vientos históricos soplan cada vez más a su favor y nada hay que impida su difusión y aceptación popular como mecanismo de solución de conflictos.²⁷

Es pues el sueño de los justos que, contra toda leyenda, está aquí nomás, a la vuelta de la esquina.

²⁷ Nunca hay que olvidar que la masificación de un producto o servicio siempre termina por abaratar sus costos. En el arbitraje esto puede ser posible a través de los arbitrajes de conciencia que son el medio para democratizar el arbitraje. Ver Capítulo V de este libro.

Capítulo II

NATURALEZA Y DEFINICIÓN

CONQUISTAS HISTÓRICAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.— LA ORTODOXIA JUDICIAL.— ALGO QUE NO CUAJA: EL ARBITRAJE.— ALGUNAS PREGUNTAS CLAVE PARA POSTERIOR RESPUESTA.— NUESTRO PROPÓSITO CAPITULAR: DEFINIR EL ARBITRAJE A TRAVÉS DE SU NATURALEZA.— EMPEZAMOS.— ALGO SOBRE LA EFICIENCIA Y LA INEFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.— LA INEFICIENTE JUSTICIA POR MANO PROPIA Y LA EFICIENTE ADMINISTRADA POR UN TERCERO.— EL ARBITRAJE COMO CÉLULA DE LA JUDICATURA.— AVANZAMOS EN LA DEFINICIÓN: UNA SUSTRACCIÓN LEGALMENTE AUTORIZADA A LA JURISDICCIÓN ESTATAL.— EXISTENCIA JURÍDICA DEL ARBITRAJE Y SU FUNCIÓN EN VIRTUD DE LA LEY.— LO QUE DICE NUESTRA CONSTITUCIÓN.— PRIMERAS INDAGACIONES ACERCA DE LA NATURALEZA ARBITRAL: EL CONTRATO ENTRA EN ESCENA.— EL PROBLEMA: ¿PORQUE HAY CONTRATO NO HAY JURISDICCIÓN?— LA RESPUESTA DE LA TEORÍA CONTRACTUALISTA O PRIVATISTA: NO.— APRIETOS CONCEPTUALES DEL CONTRACTUALISMO.— EL «CONTRATO SOCIAL» COMO FUENTE DE JURISDICCIÓN.— UNA DIGRESIÓN SOBRE EL «CONTRATO SOCIAL».— LO QUE LOS CONTRACTUALISTAS ENTIENDEN POR JURISDICCIÓN.— LO QUE OLVIDAN LOS CONTRACTUALISTAS.— MALABARES PARA NEGAR LO INNEGABLE.— ANALOGÍAS QUE LLEVAN AL OTRO EXTREMO.— LA TEORÍA JURISDICCIONAL O PROCESAL DEL ARBITRAJE.— FALACIAS Y CONTRADICCIONES DE ESTA TEORÍA.— RECHAZO.— NUESTRA POSICIÓN: LA DOBLE NATURALEZA DEL ARBITRAJE.— LA TEORÍA INTERMEDIA O SINCRÉTICA.— REBAUTIZAMOS FELIZMENTE ESTA TEORÍA.— PRESENTAMOS A LA TEORÍA REALISTA DEL ARBITRAJE.— DE LO QUE LA REALIDAD DA FE.— LA HORA DE LA DEFINICIÓN.— RESPUESTA A LAS PREGUNTAS QUE QUEDARON PENDIENTES.

Se suele conceder que una de las conquistas de mayor importancia en la administración de justicia es, históricamente, la pluralidad de instancia. También el azar en quién asume como juzgador de una causa juega un papel importante cuando lo que se pretende es la perfección de los procesos judiciales que buscan superar las injusticias de tiempos pretéritos, signados por la barbarie. La publicidad de los juicios tiene la misma lógica, exorcizar el secreto que, se pontifica, es fuente de todo abuso. Y como el abuso es lo que la justicia trata de proscribir de la Tierra, exíjese que la ley sea igual para todos y, por tanto, que nadie escape a los procedimientos que ésta establezca previamente en materia de justicia, de tal modo que todos, por igual, sean medidos por la misma vara del procedimiento. De ahí que, nadie tampoco pueda pagarse su justicia sino que ésta sea accesible a cualquiera merced a la gratuidad de su administración. Porque, finalmente, de todo esto es que se trata la justicia, según se dice, en una visión popular y política¹ tan difundida

¹ Según Fernando de Trazegnies, se trataría de la visión del Derecho liberal clásico de la administración de justicia cuyo dogma es «[...] ese monopolio de la función jurisdiccional del Estado que constituye una característica de la ideología moderna o liberal». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubkowsky. Lima: Editorial Cuzco, pp. 543 y 553.

que es moneda común y corriente en casi todas las constituciones² del mundo occidental, y cuyo cuestionamiento, constituiría una herejía contra la modernidad y un retroceso a las cavernas.

Pues bien. Ninguno de los principios de la ortodoxia judicial expuestos hasta aquí como garantías inalienables de la administración de justicia en el mundo civilizado que se dice es, el mundo moderno, están considerados en esa otra manifestación de la justicia conocida como arbitraje.³ Ninguno. ¿Cómo es pues posible esto? ¿Es el arbitraje una herejía? ¿Acaso una manera reaccionaria de administrar justicia? ¿Una vuelta a la noche de los tiempos? ¿Una intolerable afrenta contra el progreso humano y sus «adquiridos» derechos? ¿Una sentencia de muerte contra la aparente igualdad ante la ley, fuente de toda justicia? ¿Tal vez la barbarie que acecha contra la civilización del Estado-Nación?

Ninguna de estas preguntas podría obtener respuestas si no nos abocamos a resolver el problema de la naturaleza del arbitraje, esa administración heterodoxa de la justicia que parece rebelarse contra doscientos años de «revolucionarios» dogmas.⁴

Nuestro propósito en las siguientes líneas es llegar a una definición cabal de arbitraje. Pero esto no es posible si no consideramos las aristas históricas, ideológicas y jurídicas de las teorías que lo explican, o, mejor dicho, que explican su naturaleza. Sólo una vez descubierto el extenso horizonte que pone a prueba nuestro entendimiento de este fenómeno complejo, es que

² La Constitución Política del Perú de 1993 recoge esta visión de la justicia en el artículo 139 que regula la función jurisdiccional del Estado. Dice:

Artículo 139.- «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.

4. La publicidad de los procesos, salvo disposición contraria de la ley. [...]

6. La pluralidad de instancia. [...]

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala. [...]

³ «El arbitraje actual es una institución post-moderna (si por moderno entendemos el Derecho liberal clásico) [...] 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». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 546.

⁴ Dogmas que no son otros que los de la Ilustración dieciochesca y sus postulados de la separación de poderes, el judicial uno de ellos, y cuya sangrienta praxis tuvo su cenit con la Revolución Francesa.

podemos aventurarnos a una definición. La iremos pues construyendo de a pocos, andando, en el camino, convencidos más que nunca de que es aquí, precisamente, que sólo se hace camino al andar.

Existen numerosas definiciones del arbitraje, acaso demasiadas, pero casi todas, por no decir todas, soslayan un elemento fundamental, a saber, que el arbitraje es el prototipo de la administración de justicia.⁵ Es la forma más elemental de la jurisdicción, que, por simple, también —y usando aquí un término tan caro a los tiempos modernos— más eficiente.

En efecto. Hablar ya de eficiencia es aquí hablar, en primer lugar, de que se reconoce que la justicia por mano propia, esto es, la *vendetta*, es siempre más onerosa que la justicia impartida por mano de un tercero no involucrado en la pendencia. Y lo es, porque la *vendetta*, al obedecer a la ley del más fuerte para su éxito, puede ir siempre más allá del objeto que dio origen al litigio entre dos partes. Y entre perder algo y perderlo todo, inclusive la vida, es preferible lo primero a lo segundo, por cuanto, como mecanismo de solución de conflictos, en tanto el costo será siempre imprevisible para quién pierde, la *vendetta* constitúyese en la encarnación de la ineficiencia social de la justicia.

Bien distinto es el caso de una sociedad que no está dispuesta a asumir el precio de una justicia tan costosa como la *vendetta*. En una sociedad tal, dos personas que tienen un conflicto de intereses cuya solución ha escapado al trato directo, esto es, que no se han podido poner de acuerdo sobre cómo poner fin a la controversia que las enfrenta, a satisfacción de ambas, recurren a un tercero. Éste, por lo general excéntrico al interés en disputa aunque no necesariamente ajeno a las partes, decide, al amparo de un orden jurídico determinado como telón de fondo, cuál de ambas tiene razón en el problema sometido a su sabiduría. Quién así «dice el Derecho» es en términos coloquiales un árbitro. Y su acción un arbitraje. De esta forma celular de administrar justicia descende, como habíamos dicho, la jurisdicción estatal de nuestros tiempos. Empero, sólo en autorizada oposición a ésta, es que podemos definir cabalmente el arbitraje en su estado actual.

Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición

⁵ Uno de los pocos autores que hemos encontrado que hacen mención al arbitraje como modelo primigenio de la administración de justicia es Jaime Guasp. Sin embargo éste aborda este tema a partir de la importancia histórica del arbitraje, y no desde el punto de partida de la definición. Ver: GUASP, Jaime. *El Arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, pp. 12-13.

completa.⁶ Porque sólo a partir de este hecho fundamental que es, en nuestro criterio, que los miembros de una comunidad jurídica puedan sustraerse a los órganos judiciales del Estado para resolver por otra vía un conflicto de Derecho, es que podemos inferir que el arbitraje tiene una función análoga a éstos. En otras palabras: que a través del arbitraje se administra una justicia pero que ésta no es igual a la que administra el Estado.⁷

Ahora bien, por un simple ejercicio de sentido común, consideramos que ninguna sustracción a la jurisdicción estatal tendría efectos prácticos, esto es, el efecto de zanjar jurídicamente una controversia entre dos partes, si esta sustracción no estuviera autorizada por el Estado. Pues resulta obvio que si el Estado prohibiera el arbitraje y, por tanto, tuviera por nulos todos sus efectos, éste carecería de todo sentido en la medida de que el ganador jamás podría hacer valer un derecho que no sólo no es reconocido sino condenado por el ordenamiento jurídico.⁸ Rechazamos pues así las opiniones que le dan al

⁶ Éste es el caso de definiciones de tratadistas como Humberto Briseño o Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú. Briseño afirma que se configura el supuesto de arbitraje «cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes; [...]». BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963, p. 21. De otro lado Cantuarias y Aramburú definen el arbitraje como «un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, p. 39. Como vemos, no se hace referencia al hecho de que este medio privado de solución de controversias existe en virtud de que las partes se sustraen legalmente a la jurisdicción del Poder Judicial.

⁷ En esta línea se halla Juan Guillermo Lohmann, quien define al arbitraje como «la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de Derecho Privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, *obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios* sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, p. 39. También Sara Feldtein y Hebe Leonardi entienden que «el arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, *la ley permite sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales*». FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara y Hebe LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 12. (La cursiva es nuestra).

⁸ Ahora bien, sería inconcebible en un orden jurídico global como el de nuestro tiempo, que un Estado no contemplara ni favoreciera la jurisdicción arbitral. Nosotros creemos que es la estructura jurídica supranacional la que hoy no deja alternativa a los Estados-Nación para fortalecer el arbitraje como medio de solución de conflictos. Cualquier Estado que se desentendiera del arbitraje en su estructura jurídica interna, sufriría consecuencias. Para comenzar, sería bastante difícil que los grandes capitales globales vinieran a un Estado-Nación que no contemplara el arbitraje, máxime si

arbitraje una existencia jurídica propia de su «naturaleza», y afirmamos, por el contrario, que sólo el Derecho positivo puede establecer la existencia jurídica de cualquier fenómeno social.⁹

Y en efecto, así parece entenderlo en el Perú la Constitución Política de 1993 en el primer numeral del artículo 139, cuando reconoce al arbitraje una existencia jurídica de carácter jurisdiccional, de excepción a la jurisdicción unitaria y exclusiva del Estado. Aquí, la Ley de leyes instituye expresamente una jurisdicción arbitral.¹⁰ Por tanto, para nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje es una forma oficial —aunque no estatal— de administrar justicia.

Este hecho legislativo nos introduce, doctrinariamente hablando, a la discusión fundamental de la naturaleza del arbitraje, a saber, si éste tiene una esencia privada o una pública, o, dicho en otros términos, si el arbitraje pertenece a la esfera de los contratos o de los procesos judiciales, o si pertenece a ambas.¹¹

No hay duda para nosotros de que para que estemos ante un supuesto de arbitraje, tiene que mediar un contrato que active este mecanismo de solución de controversias. El contrato entre dos sujetos de Derecho que buscan que un tercero administre una justicia que no es la que administran los tribunales ordinarios del Estado, pero que está permitida por ese Estado, es un elemento esencial de cualquier definición de arbitraje. No hay arbitraje si

ese medio de solución de controversias es la condición jurídica *sine qua non* que el capital requiere para que se le administre justicia en caso de conflicto.

⁹ Por eso disentimos del parecer del profesor Guillermo Lohmann cuando afirma que el arbitraje tiene «característica institucional en tanto que no le está permitido a los miembros del cuerpo social el poder derogarlo, sino de aplicarlo o no, dentro de las variantes y limitaciones que el ordenamiento interno establece». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 39. Pensamos que el centro del asunto está en su confusa definición de institución jurídica, a saber, «*un conjunto de ideas y de elementos que, bajo reglas determinadas, disciplinan situaciones jurídicas, gobiernan comportamientos y establecen ciertas consecuencias de Derechos*». *Idem*. Lo cierto es que un fenómeno social como el arbitraje o como cualquier otro se convierte en una institución jurídica porque el ordenamiento legal *lo instituye jurídicamente*. Ergo, ese mismo ordenamiento legal lo puede «destituir» jurídicamente, si cabe el término. Por tanto, afirmar que las instituciones jurídicas, como lo han sido en su momento la esclavitud, *la debellatio* o el mayorazgo, por poner sólo unos ejemplos, no pueden ser derogadas, no es ni histórica ni lógicamente sostenible.

¹⁰ Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

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

¹¹ Independientemente de nuestra posición doctrinaria respecto de la naturaleza del arbitraje, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico nacional suscribe la tesis del arbitraje como proceso jurisdiccional.

no hay contrato. El asunto está en establecer si porque hay contrato no hay jurisdicción. Ese es el problema que se nos plantea.

Para la Teoría Contractualista, también llamada Privatista del arbitraje, cuyos suscriptores son mentes de primer nivel en el mundo jurídico,¹² la respuesta al problema planteado es que no hay jurisdicción si hay contrato. En buen romance, esta teoría le niega al arbitraje todo carácter jurisdiccional.¹³

Pero si quienes profesan una visión contractualista del Derecho fuesen consecuentes con sus tesis, estarían sin duda en serios aprietos conceptuales. Pues, no lo olvidemos, la jurisdicción —y siempre siguiendo aquí la lógica contractualista— sería fruto también de un contrato: el así llamado «contrato social».¹⁴ Esto no hace sino demostrar una de las grandes paradojas del contractualismo, a saber, asumir a rajatabla la naturaleza privada de los contratos cuando, precisamente, el «contrato de los contratos» no tiene esa simiente.

En efecto, el «contrato social» es el eje de cualquier aprehensión contractualista del mundo. Esta es la doctrina acuñada por el movimiento ilustrado del siglo XVIII cuyo fin no es otro que fundar la existencia del Estado-Nación y su soberanía, y, por ende, de su jurisdicción. Ya en otra obra hemos expresado, siguiendo a Kelsen, que nosotros no comulgamos con la

¹² Defensores y divulgadores del contractualismo arbitral son en Francia los jurisconsultos Merlin, Fuzier-Herman, Weiss, Garzonnet y César-Bru y Brachet. En Italia suscriben esta tesis los grandes juristas Mattiolo, Chiovenda, Satta, Alfredo Rocco, Andrioli, Lugo, Pece, Furno y Costa. En España la avala Joaquín Escriche y, finalmente, en Argentina David Lescano. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil. Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, pp. 35 y 36.

¹³ *Idem*, p. 35.

¹⁴ Uno de los teóricos más importantes de la tesis del «contrato social» es el filósofo ilustrado Jean Jacques Rousseau. Sobre aquél dice: «Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da *El contrato social* [...] Estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás [...] En fin, dándose cada individuo a todos no se da a nadie, y como no hay un asociado sobre el cual no se adquiera el mismo derecho que se cede, se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservar lo que se tiene [...] Si se descarta, pues, del pacto social lo que no es su esencia, encontramos que queda reducido a los términos siguientes: «Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo». ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Obras Selectas. Colección Clásicos Inolvidables*. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1959, Segunda Edición, pp. 853 y 854.

tesis del «contrato social» como explicación para la existencia del Estado.¹⁵ Creemos más bien que esta tesis no explica, sino que pretende justificar la existencia de la soberanía y jurisdicción del Estado-Nación, porque busca justificar a su vez una filosofía que le es muy cara, la de la existencia de un «estado de naturaleza» donde los hombres son todos libres e iguales en derechos y, por lo tanto, sólo a través de un contrato pueden obligarse a sí mismos a someterse a una jurisdicción que ellos han creado para su beneficio. No es el momento ni el lugar para discutir aquí el hecho de que es precisamente en ese «estado de naturaleza» que los hombres no son ni libres ni iguales, y mucho menos libres e iguales «en derechos» porque la naturaleza no otorga a ninguna criatura derecho alguno, y, consecuentemente, que el Estado y el Derecho, antes de emanar de un contrato (social), más bien parecen tener su origen en un «estado de necesidad» que impone el así llamado «estado de naturaleza».

Lo que sí nos interesa señalar aquí es la contradicción de quienes, prisioneros lógicos de las tesis de un contrato como fuente primigenia de la jurisdicción, le niegan a los contratos el poder para crearla. En síntesis, sí puede, dentro de la lógica contractualista del Derecho, haber jurisdicción por contrato. El pretendido «contrato social» es la mejor prueba de ello.

A estas alturas el asunto parece ir más que por el lado contractual, por el de qué entienden los contractualistas por jurisdicción. No creemos pues alejarnos de la verdad si afirmamos que para los autores que suscriben la tesis contractual del arbitraje, subsiste la tradición dieciochesca de que la jurisdicción es un atributo inherente a la soberanía del Estado, que es el paradigma de lo público. Así pues, porque la «voluntad general» lo ha querido, es que los tribunales ordinarios del Estado tienen el poder de imperio,¹⁶ el de hacer comparecer dentro del proceso, de grado o fuerza, a los testigos, de ordenar las diligencias que estimen conveniente dentro de la ley, de castigar a cualquiera que incumpla sus mandatos¹⁷ y, en fin, lo más importante, de ejecutar sus sentencias.¹⁸

¹⁵ Ver: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 59.

¹⁶ Poder que no tienen los árbitros y sus actos arbitrales y, por tanto el arbitraje al que [...] [se] concibe, en contraposición con la perfecta función jurisdiccional del Estado, como «la expresión de un más íntimo acuerdo, dirigido a la renuncia a la jurisdicción [...]». Ver: CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 22.

¹⁷ Ésta es la posición de Chiovenda, quien dice que «La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece

Es cierto. El arbitraje carece de todos estos poderes atribuidos en los últimos doscientos años a la jurisdicción porque, como es obvio si seguimos la lógica de una tesis contractualista, en tanto emanado el arbitraje de un contrato entre dos partes, éste no puede obligar más que a esas partes, a diferencia de un contrato «suscrito en teoría» por toda la sociedad. Pero esta interpretación soslaya el elemento esencial de la jurisdicción, a saber, el de ser el poder legalmente establecido para «decir el Derecho». Y la ley puede sancionar que el Derecho sea dicho por los tribunales ordinarios de justicia que tendrán todos los poderes de apercibimiento propios del Estado, como también que el Derecho sea dicho fuera de la esfera pública, como es el caso del arbitraje. Aquí, el común denominador entre lo privado y lo público es la cualidad que a la jurisdicción no se le puede quitar, esto es, la autorización legal para «decir el Derecho». En síntesis, para resolver jurídicamente una controversia.

Que el arbitraje, por ponerlo de alguna forma, se «asemeja mucho» a la jurisdicción que los contractualistas sólo ven en la judicatura, se constata en los malabares conceptuales que hacen ellos mismos para no admitir el carácter jurisdiccional del arbitraje sin poder dejar de reconocerlo a su vez en cierta medida. Jurisdicción especial le llaman algunos,¹⁹ afinidad lógica con el proceso otros.²⁰ Lo cierto es que desde el momento mismo en que se afirma

profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de todo poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc.

Precisamente esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libre a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión sea preparada sin uso de poderes jurisdiccionales [...]. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I, pp. 91 y 92.

¹⁸ GARSONNET y CEZAR-BRU, citados por Patricio AYLWIN AZÓCAR, consideran que «Los árbitros son encargados de juzgar un litigio [...], pero los árbitros no son magistrados, pues les falta el carácter oficial. La autoridad de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva que de su sentencia nacen, se refieren menos a esa sentencia que a la voluntad de las partes en virtud de la cual se dictó. Es una consecuencia del principio de que las convenciones legalmente celebradas son una ley para las partes». VARGAS GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁹ Marttirolo entiende que el juicio de los árbitros constituye una forma de jurisdicción especial, otorgada a éstos en virtud de un compromiso. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Ibid, loc. cit.*

²⁰ «Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es decir, en ser una resolución de controversias mediante un juicio ajeno, [...]». CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.*, pp. 91-92.

que la decisión o laudo a que llegan los árbitros sobre un determinado problema sometido a su consideración, sólo puede ser ejecutado por un juez ordinario, quien deberá cumplir la decisión arbitral como si hubiera sido dictada por otro juez ordinario —y ahí radica, en los alcances ejecutivos entre laudo y sentencia, una de las mayores diferencias entre jurisdicción arbitral y estatal—, se está admitiendo analógicamente la calidad de jueces de los árbitros y las características procesales del arbitraje.

Pero que se «admitan analógicamente» no significa que «sean exactamente». Un árbitro «es como» un juez porque ejerce la misma función, pero «no es» un juez. Un arbitraje «es como» un proceso judicial porque como en éste se dirime jurídicamente una controversia, pero «no es» un proceso judicial. De ahí que, así como hemos cuestionado hasta aquí el extremismo simplista del contractualismo arbitral, hagamos también lo mismo con las tesis de quienes, sin duda queriendo guardar ideológicamente incólume la majestad y la soberanía del Estado Nación, sostienen que la naturaleza del arbitraje es, sin más, jurisdiccional. Nosotros pues rechazamos la Teoría Procesalista del Arbitraje²¹ que, como hemos referido líneas arriba, suscribe erróneamente —a grandes rasgos— nuestra Constitución Política.

Y la rechazamos porque, a todas luces, es un error sostener —como lo hace esta teoría— el carácter público de la función arbitral, apoyándose en que es la ley la que le da existencia jurídica en tanto mecanismo de solución de controversias²² y que, por tanto, los árbitros son funcionarios públicos que imparten justicia y sentencian a nombre del Estado en un proceso que forma parte de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de ese Estado.²³

²¹ También conocida como Teoría Jurisdiccional, el procesalismo arbitral cuenta con importantes suscriptores. En la Italia del siglo XX esta tesis ha sido defendida por Ludovico Mortara, Ugo Rocco, Capaccioli, Jafer, Boscarelli, Vechione, Pietro Bonfante, Vincenzo Galante, Prospero Fedozzi, Ghirardini y Galgano. En Francia, Laurent, Lainé, Boncene, Glason, Tissier y Morel han sido sus más reconocidos defensores. Asimismo cuenta con el beneplácito de los españoles Reus y Manresa, Antonio Malaver y Rafael de Pina y, en América con la pluma del chileno Patricio Aylwin Azócar. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, p. 29.

²² Ésta es la posición de Ludovico Mortara quien es considerado el mejor exponente de la doctrina jurisdiccionalista y que sostiene que el arbitraje realmente existe porque la ley lo ha instituido y por tal razón esta misma ley es la que le ha concedido a las partes, que han sido investidas con un cierto grado de la soberanía inherente al Estado, el poder necesario para resolver un conflicto con absoluta autoridad, por medio de un compromiso. Así, según Mortara, el poder de los árbitros no nace del simple nombramiento que hacen las partes de ellos, en la medida de que las partes no poseen tal facultad, porque no podrían otorgar lo que no les es propio. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

²³ Ugo Rocco considera que en el arbitraje, el particular asume y ejerce una función pública o un servicio público (como en el supuesto en que un ciudadano arreste al autor de un delito

¿Y del contrato de arbitraje, qué? Como resulta evidente, esta interpretación abole todo carácter privado al arbitraje, lo cual ofende el sentido común. Porque si se trata de argumentar que todo aquello que la ley autoriza tiene carácter público, entonces no podría existir como concepto siquiera el Derecho Privado, ni qué decir los contratos, habida cuenta de que éstos tienen existencia y efectos jurídicos porque la ley así lo establece explícita o tácitamente. Así pues, aunque la premisa de que es la ley la que debe autorizar la institución arbitral para que ésta tenga efectos jurídicos es verdadera, la conclusión de que el arbitraje tiene una naturaleza jurídica pública, propia de las funciones del Estado, es falsa. Estamos pues ante una falacia.

Una segunda observación que no debe ocuparnos más que un par de líneas, habida cuenta de que es una de las más manidas atingencias que se hacen contra la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, es que los árbitros no pueden sentenciar porque las sentencias tienen una calidad ejecutiva que no poseen ni podrán poseer jamás los laudos arbitrales. Cuando los posean, entonces ya no serán laudos, sino sentencias dictadas por un clásico órgano jurisdiccional del Estado.

Nótese además —y volvemos aquí al principio de este capítulo— la enorme contradicción que encierra hacer del arbitraje una institución de jurisdicción estatal que carece, sin embargo, de los más importantes principios, derechos y garantías de esta jurisdicción, como son la instancia plural,²⁴ el juez natural,²⁵ el procedimiento legal previamente establecido por

sorprendido en flagrancia, o que en el caso de calamidad u otra situación análoga, presta ayuda a la fuerza pública), que no son otras que las clásicas funciones jurisdiccionales del Estado. En tal virtud Rocco estima que el laudo o decisión arbitral, se constituye en una verdadera sentencia provista de fuerza obligatoria, a la que sólo le faltaría la fuerza ejecutiva. Ésta le debe ser atribuida por el decreto del pretor, necesaria a su vez por el hecho de que el laudo es expedido por un órgano que no pertenece a la jurisdicción ordinaria.

El jurisdiccionalista Capaccioli no va tan lejos como Rocco. Niega que el laudo tomado en sí mismo tenga la naturaleza de una sentencia; sin embargo le reconoce a ésta el carácter de un acto institucional destinado a integrarse con la providencia de homologación del juez togado, por lo que, en este sentido, le otorga el carácter de acto público y hasta de acto jurisdiccional, así como serían públicas y hasta jurisdiccionales la función y actividad de los árbitros. Ver: CARNACINI, Tito. *Op. cit.*, pp. 21-23.

²⁴ Salvo que las partes hubiesen pactado el recurso de apelación del laudo a una segunda instancia arbitral o judicial. Pero el solo hecho de que la pluralidad de instancia pueda ser objeto de pacto en contrario, da una estocada mortal al carácter absoluto y universal de este principio.

la ley,²⁶ la publicidad en los procesos,²⁷ la absoluta igualdad ante la ley²⁸ y la gratuidad de la administración de justicia, entre otros.

La diferencia entre arbitraje y jurisdicción estatal no sólo se manifiesta en la contradicción de que el arbitraje dé la espalda a estos tótemes de la función jurisdiccional del Estado, sino, además, hipotéticamente por lo menos, en un «enfrentamiento» que podría condenar a la misma jurisdicción estatal a la extinción social en varias áreas del Derecho, habida cuenta de que nada impide que el arbitraje se difunda masivamente y los principios y garantías bajo los cuales «dice el Derecho» de forma privada, terminen imponiéndose a los de la jurisdicción del Estado. Así, que uno puede terminar enfrentándose a la otra, sustituyéndola en los usos y costumbres, quiere decir que no son lo mismo, aunque cumplan una función similar.

No son iguales, pues, ni conceptualmente ni en los hechos, jurisdicción estatal y arbitraje. Queda claro así para cualquiera la diferencia.

Entonces, ¿de qué estamos hablando finalmente? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje si hemos anatematizado la tesis contractualista y condenado la jurisdiccionalista o procesalista? ¿Significa esto acaso que el arbitraje no tiene naturaleza contractual ni jurisdiccional? Todo lo contrario. El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito *ad hoc* querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior

²⁵ En el arbitraje no hay un «juez natural». Las partes eligen a sus propios juzgadores, los árbitros, los que además tienen que aceptar el encargo.

²⁶ En el arbitraje sólo existe el «procedimiento legal previamente establecido por la ley» en forma supletoria. Como veremos más adelante, las partes están autorizadas por la ley para crear su propio procedimiento.

²⁷ Con la salvedad de que el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, en virtud de lo dispuesto por el artículo 53.2. del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, establece la publicación de los laudos arbitrales en la página web de la institución. Se entiende correcta esta disposición, en la medida de que dichos procesos versan sobre contratos de entidades del Estado, que conllevan el manejo de fondos públicos.

²⁸ Resulta evidente que quienes se sustraen a la jurisdicción del Estado, aun siendo autorizados por ese propio Estado, ya no son iguales a los demás para los que rige esa jurisdicción, máxime si pueden crear sus propias «leyes», entiéndase, sus propias reglas procesales. Es más, si alguien puede ser juzgado, a su elección, incluso sustrayéndose al derecho vigente como en los casos de los arbitrajes de conciencia, entonces hay algo que se ha quebrado definitivamente en el principio de igualdad ante la ley. Ver Capítulos X y XI de este libro.

desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad hoc*. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje.

Esta posición nuestra se nutre de la tesis conocida como Teoría Intermedia o Sincrética.²⁹ El nombre es desafortunado, sin embargo, porque no se trata aquí de conciliar jurídicamente doctrinas que son por su ideología irreconciliables —una abraza la autonomía de la voluntad, mientras la otra adora la soberanía del Estado—, haciendo concesiones a cada una. Cualquier tesis fruto de un ensamblaje semejante no daría por fruto más que un monstruo jurídico y nosotros no queremos apadrinar monstruos.

Así pues, en el hecho de hallar en el arbitraje dos naturalezas, está, más que cualquier visión alambicada del Derecho, la realidad monda y lironda. De ahí es que nosotros rebauticemos la tesis en cuestión como Teoría Realista del Arbitraje.

En efecto. Es porque la realidad así lo expone que es imposible negar que el nacimiento del arbitraje sólo tiene lugar en la medida de que los particulares, por un acto voluntario amparado por la ley, deciden someter sus conflictos, presentes o futuros, al arbitraje. Así, únicamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros. Esto significa que, ausente el contrato, no será posible que se proceda a resolver controversia alguna por medio del arbitraje.

Pero la realidad no sólo da fe de eso. También atestigua, sin ninguna duda, que una vez nacido el arbitraje, éste se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados por las partes y los terceros, como actos de carácter jurisdiccional, de forma tal que lo resuelto por los árbitros tenga la fuerza definitiva de las resoluciones judiciales, como si fueran una sentencia. Sino, ¿cuál sería el objeto y la gracia del arbitraje?

No es realista, pues, negar el carácter jurisdiccional del arbitraje. Que los laudos no tengan fuerza ejecutiva no invalida la esencia de un acto jurisdiccional, a saber, que un tercero autorizado por la ley, sea éste funcionario público o sujeto particular, diga quién tiene derecho y quién no en

²⁹ Esta teoría tiene como fundamento rechazar las posiciones extremas en torno a la naturaleza del arbitraje, es decir, descarta la teoría contractualista y jurisdiccionalista tomadas individualmente. En este sentido, la postura intermedia se nutre de ambas teorías, tomando lo que considera correcto de cada una de ellas. Son exponentes del sincretismo arbitral los juristas Dalloz, Montgalvy, Bernard, Robert, Margarete Landrau, Louis Cremieu y Garbagnati. Ver: VARGAS GARCÍA, Fernando. *Op. cit.*, p. 41 y CARNACINI, Tito. *Op. cit.*, pp. 22 y 23.

un asunto sometido a su juicio. Y lo real es también que el Estado no puede renunciar jamás a esa prerrogativa ejecutiva de la justicia, es decir, a ejecutar lo que es justo, haya sido dicho privada o públicamente, porque lo contrario sería instituir la justicia por mano propia o *vendetta* y atentar así contra el propio sentido de su existencia.

Sólo a estas alturas, habiendo hecho este largo recorrido doctrinario y ventilado la naturaleza jurídica del arbitraje, estamos en condiciones de definirlo.

El arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de la evolución histórica, sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de Derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo será de cumplimiento obligatorio para las partes, en virtud de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos *son ley* para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, queda siempre en manos del Estado.

Ha llegado la hora pues de dar respuesta a las preguntas que abrieron el presente capítulo. ¿Es el arbitraje una herejía como aprehensión de la administración de justicia? Todo depende del cristal con que se mire. Si lo hacemos desde el prisma del dogma de la soberanía del Estado-Nación y de los principios ideológicos que lo inspiran, como el de la unidad y exclusividad de la todopoderosa función jurisdiccional del Estado; sí, es una herejía. Si por el contrario miramos los feos tintes con que ese dogma y sus principios manchan y degradan hoy con la ineficiencia la administración contemporánea de la justicia hasta convertirla en una injusticia, sin duda que la herejía es ésta y no el arbitraje.

¿Es acaso el arbitraje una manera reaccionaria de administrar justicia? Pues claro que lo es. Porque todo aquello que no funciona —y la centralización de la función jurisdiccional del Estado está atascada hace mucho en el pantano de sus propios dogmas, incapaz de solucionar los problemas que el hombre presente y sus circunstancias le plantean— da lugar a una reacción. Y la reacción es positiva cuando «La congestión de causas en los tribunales y la ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la vida

comercial moderna que 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 [...].³⁰

¿Que el arbitraje es una vuelta a la noche de los tiempos y una intolerable afrenta contra el progreso humano y sus «adquiridos derechos»? Bueno, la clave está en el bello tiempo que haga en la noche y el feo que aplaste el día. Y todo parece indicar que es en ese feo día que esos «adquiridos derechos» afrentan el progreso humano encarnado en la justicia.

¿Es el arbitraje acaso la sentencia de muerte contra la aparente igualdad ante la ley, fuente de toda justicia? Que responda la posteridad. Nosotros, sin embargo, podemos preguntar a su vez si no será que esa aparente igualdad ante la ley ha sido la sentencia de muerte de la administración de justicia pública. Que responda también a esto la posteridad.³¹

Finalmente, ¿es el arbitraje la barbarie que acecha contra la civilización del Estado-Nación? Ninguna barbarie puede ser aquello que la civilización del Estado-Nación tomó por modelo para administrar justicia. El hecho histórico es que las campanas doblan ya por el Estado-Nación como doblaron en su tiempo por otras formas de organizaciones jurídicas y políticas.³²

³⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

³¹ En su polémico libro *Imperio*, que esboza una propuesta sobre qué tipo de organización política, jurídica, económica y social sucederá al colapso en ciernes de los Estados-Nación, Michael Hardt y Antonio Negri sostienen que «[...] Mientras que para la legitimación y administración (entre ellas la de la justicia) del Estado moderno la universalidad y la equidad de las acciones administrativas era el objetivo máximo, en el régimen imperial lo fundamental es la singularidad y la conveniencia de las acciones para alcanzar fines específicos [...]».

En suma, el antiguo principio administrativo (aplicable, qué duda cabe a la justicia) de universalidad, de tratar a todos por igual, ha sido reemplazado por la diferenciación y la singularización de los procedimientos que lleva a tratar a cada uno de manera diferente». HARDT, Michael y Antonio NEGRI. *Imperio*. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2.^a reimpresión, 2002, pp. 311 y 312.

Nosotros pensamos que el arbitraje, como una insurgente forma de administración de justicia que se sustrae a los cánones estandarizados de la judicatura y a sus ineficientes consecuencias, se inscribe dentro del nuevo principio de administrar conflictos, expuesto por Hardt y Negri.

³² Según los profesores Michael Hardt y Antonio Negri «[...] la decadencia del Estado-nación no es meramente el resultado de una posición ideológica que podría revertirse mediante un acto de voluntad política: es un proceso estructural e irreversible. La nación no era sólo una formulación cultural, un sentimiento de pertenencia y una herencia compartida, sino que era además y tal vez principalmente una estructura jurídico-económica. Puede advertirse claramente la menguante efectividad de esta estructura a través de la evolución de toda una serie de cuerpos jurídico-económicos, tales como el GATT, la Organización de Comercio Mundial, el Banco Mundial y el FMI. La globalización de la producción y la circulación, sostenida por este andamiaje jurídico supranacional, sustituye la efectividad de las estructuras jurídicas nacionales». *Idem*, p. 308.

No han doblado, por lo visto, por el arbitraje.

Capítulo III

EL DOMINIO CONTRACTUAL

PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA: UN CONTRATO DIFÍCIL DE NOMBRAR.— ARQUEOLOGÍA DOCTRINARIA: LA CLÁUSULA COMPROMISORIA O LA IMPOTENCIA DE CONTRATAR UN ARBITRAJE.— BREVE ESTUDIO DE UN FÓSIL.— EL ENTIERRO LEGISLATIVO Y TEÓRICO DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.— UN CONTRATO DE ARBITRAJE: LA CLÁUSULA ARBITRAL.— NATURALEZA ACCESORIA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.— SU OBJETO.— CONDICIÓN PARA LA EXIGENCIA DE SU OBLIGACIÓN.— EXTINCIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL: CASOS.— UN TEMA INÉDITO: LA RELACIÓN DE LAS PARTES CON «TERCEROS JURISDICCIONALES».— CONTRATOS SUCESIVOS Y ACCESORIOS A LA CONTRATACIÓN DEL ARBITRAJE: LOCACIÓN DE SERVICIOS Y MANDATO.— FORMALIZACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE PARTES Y TERCEROS: EL ACTA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.— OTRAS MODALIDADES MENOS FRECUENTES DE CONTRATACIÓN DE ARBITRAJE.— EL CONTRATO DE ARBITRAJE SOBRE CONTROVERSIAS PRODUCIDAS.— DIFERENCIAS CON LA CLÁUSULA ARBITRAL.— UN HOMENAJE A LA TEORÍA: EL CONTRATO UNIVERSAL DE ARBITRAJE.— JUSTIFICACIÓN DE ESTAS INNOVACIONES NOMINATIVAS.— BREVE CRÍTICA A UNA DOCTRINA DE EUFEMISMOS.— REIVINDICACIÓN DEL CONTRATO Y DE LA REALIDAD.

A simple vista, no parecería haber mayor problema en, tal como lo hemos venido sosteniendo hasta aquí, llegar a un arbitraje. Porque en materia de Derecho Civil, una vez permitido el arbitraje por la ley, la celebración de un contrato que lo acuerde, debería ser, en teoría, la cosa más fácil del mundo. En teoría, no lo olvidemos, dos particulares que pretenden resolver un conflicto de intereses convienen sustraerse a la jurisdicción del Estado y llevar su pendencia ante uno o varios árbitros que ellos mismos han designado para poner punto final al litigio.

El problema es que lo que en la teoría del sentido común es tan simple como éste, en la doctrina tradicional del arbitraje no. Aquí, la complejidad es el denominador común y la simpleza, la excepción. Baste con decir que el «contrato de arbitraje», esto es, el acuerdo de voluntades para celebrar un arbitraje, en puridad sólo existe por el momento en el reino de la teoría.¹ Y esto, paradójicamente, porque tanto en la doctrina extranjera como nacional, nadie se atreve a llamar por su nombre de contrato de arbitraje al «contrato de arbitraje». En otras palabras: por el momento, un «contrato de arbitraje» así nominado no existe. Pero si este contrato no existe, ¿entonces qué contrato es el que da vida al arbitraje? ¿Cómo llamarlo? ¿Cuándo se celebra? ¿Dónde se formaliza? Estas preguntas son el objeto del presente capítulo. Nos abocaremos pues a darles satisfactoria respuesta.

¹ Uno de los objetivos del presente capítulo es poner punto final a los eufemismos doctrinarios que se niegan a llamar a las cosas por su nombre. Uno de nuestros intereses es rescatar para la doctrina al *contrato de arbitraje* en todas sus manifestaciones.

Si hubiera que ponerlo literariamente, el alumbramiento de un arbitraje viene precedido de un embarazo complejo. Es más, y siempre en términos literarios, la concepción misma del futuro arbitraje no está atada a la naturaleza de un solo método. Más de un camino es el que lleva al arbitraje, lo que es lo mismo a decir que, ya en términos contractuales, no existe una sola forma de contratar un arbitraje. Así pues, antes que responder a la interrogante de qué contrato es el que origina jurídicamente un arbitraje, es preferible subrayar primero qué no lo genera jamás, es decir, qué acuerdo de voluntades no engendra por sí mismo un arbitraje.

Creemos que un contrato que no genera nunca por sí mismo un arbitraje es el que en la doctrina se conoce como *cláusula compromisoria*. Aunque ríos de tinta han corrido en la doctrina sobre aquélla, nosotros consideramos que en el mundo de nuestros días, esto es, el siglo XXI, esta modalidad contractual por la que se pretende llegar a un arbitraje es una antigualla cuyo lugar, si lo hubiere, sólo podría ser un museo de lo jurídico. Por lo tanto y sólo como rareza en la historia contractual del arbitraje es que será aquí tratada, dejando constancia de nuestro deseo de que en el futuro, quienes tomen la posta en sus indagaciones sobre el arbitraje, la desaparezcan para siempre de su reflexión, pues, invocarla aun a modo de curiosidad histórica es perpetuar una memoria que no tiene ningún sentido.

Seremos breves. La esencia para entender lo que es la cláusula compromisoria está en saber que mediante ella nunca jamás se concierta o celebra un arbitraje. ¿Qué es pues lo que, como en todo contrato, se concierta o celebra entonces? En términos muy simples, se contrata que en un futuro se contratará a su vez un arbitraje. En efecto. En un contrato que por lo general es el contrato principal,² las partes, a través de una cláusula compromisoria,

² Con respecto al carácter accesorio de la cláusula compromisoria, hay discrepancias en la doctrina. Tomás Ogayar señala, por ejemplo, que «Si bien el origen práctico de esta preparación del arbitraje fue la estipulación accesorio que se insertaba en el contrato principal, al generalizarse se le hizo objeto, en muchas ocasiones de un pacto autónomo, por lo que la denominación de «cláusula compromisoria» perdía ya toda propiedad y era, en cambio, la de un contrato preliminar o preparatorio la más adecuada y consecuente con la esencia de la institución [...]». OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, pp. 117 y 118.

Sobre esto habría que decir que el carácter accesorio de la cláusula compromisoria no le quita su carácter contractual. La cláusula compromisoria es un contrato dentro del contrato principal y por lo tanto es un contrato accesorio. Es más, es accesorio y preliminar o preparatorio a la contratación de un arbitraje. Discrepamos pues con Ogayar cuando pretende que en razón de la generalización de la cláusula compromisoria dentro de los contratos principales, ésta se convierte en una suerte de pacto autónomo. Nada tiene que ver la generalización con la autonomía. La única hipótesis para

acuerdan que para resolver cualquier conflicto —o determinado conflicto— que se suscite del contrato principal, se acordará a su vez un arbitraje. Así pues, en la cláusula compromisoria el arbitraje no ha sido acordado, no ha sido celebrado y por tanto no ha sido contratado. Lo que ha sido acordado, celebrado y contratado es un compromiso a, en su momento, contratar un arbitraje.

Nótese lo absurdo, por inútil, de este procedimiento.³ Porque, ¿no sería acaso más eficiente que comprometerse a contratar en el futuro un arbitraje, contratarlo ya?⁴ Es decir, ¿no sería mejor que en el contrato principal, en vez de una dilatoria cláusula compromisoria, se acordara, celebrara y contratara un arbitraje mondo y lirondo para los futuros conflictos que se pudieran derivar del contrato principal?⁵ ¿Para qué si desde Europa se quiere llegar lo más rápido posible a las Indias Orientales, habría que hacer la ruta del Cabo si se puede hacer la del Canal de Suez?⁶

que la autonomía se produzca en el caso de la cláusula compromisoria es que ésta deje de ser cláusula referida a un contrato principal y devenga ella misma en contrato principal, lo que significa que sea preliminar y preparatorio a la contratación de un arbitraje, no para los problemas que pudiesen suscitarse de un contrato determinado, sino de cualquier contrato que celebren en un futuro las partes de este contrato preparatorio.

³ Lohmann afirma que «La doctrina se ha preguntado sobre la verdadera utilidad de la cláusula compromisoria. Se considera que no es imprescindible y que su lugar podría ser ocupado por un compromiso arbitral firme —contratar el arbitraje— sobre toda controversia futura, al que sólo le faltaría integrarse con la indicación de la materia controvertida y los árbitros, si no se hubiesen designado de antemano». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, pp. 80 y 81.

⁴ «Realmente, nada obsta que la cláusula compromisoria, acuerdo pre-arbitral o como quiera denominarse, tenga el mismo contenido que el compromiso —contratar el arbitraje—, con la salvedad de la indicación de la materia controvertida. De ser así, ya no sería necesario otro convenio adicional, pues suscitado el conflicto cualquiera de las partes solicitaría de la otra y de los árbitros la suscripción de un documento que, a la par de detallar las cuestiones litigiosas, constituye acta de misión de los árbitros». *Idem*.

⁵ Sobre este despropósito comenta Fernando de Trazegnies que «llegado el día del problema, las partes no pueden acudir directamente al árbitro, aun cuando éste se encontrara ya nombrado desde el inicio de la cláusula compromisoria y las reglas del arbitraje hubiesen sido igualmente determinadas de antemano. Previamente, las partes deben suscribir un nuevo acuerdo —*el compromiso arbitral*— en el que precisan los alcances de su controversia y la colocan expresamente en manos del árbitro». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubklowky. Lima: Editorial Cuzco, p. 549.

⁶ Sin embargo, hay algunos autores que justifican esta «ruta decimonónica» de la cláusula compromisoria. Humberto Briseño sostiene que la cláusula compromisoria tendría su razón de ser en —y por increíble que parezca— ¡la facilitación del arbitraje! Y esto porque, según él, es el momento más adecuado para que converjan voluntades a favor del arbitraje y se evite así ahuyentar a las partes con la determinación detallada de todos los requisitos y circunstancias que son necesarios

Fue, precisamente, en razón de esta inutilidad manifiesta que la cláusula compromisoria, junto con todos y cada uno de los artículos referidos al tema arbitral, fue derogada del Código Civil de 1984 a sólo ocho años de su vigencia.⁷ La realidad demostró muy pronto el extravío jurídico —por seguir a pie juntillas los puntos y comas de una doctrina obsoleta— que significaba consagrar, para llegar al arbitraje, el desvío de la cláusula compromisoria.

Un asunto que dentro del anacronismo de la cláusula compromisoria como objeto de estudio merece un comentario, es el tremendo error de un sector de la doctrina que le atribuye a esta cláusula el efecto más importante cuando de contratar un arbitraje se trata: la sustracción de la jurisdicción estatal. Como hemos dicho en el capítulo precedente, el arbitraje es el contrato por el cual las partes de una relación jurídica se sustraen de la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia para someterse a una privada creada o designada por ellas. Varios autores señalan sin embargo que

cumplir para que éste se configure en la realidad. BRISEÑO SIERRA, Humberto. «El arbitraje comercial en México». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zublowsky. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 43. Por supuesto que no compartimos las justificaciones de Briseño para con la pertinencia de la cláusula compromisoria. No vemos qué dificultad puede haber en —si se quiere realmente que los problemas derivados de un contrato determinado se resuelvan por un arbitraje— contratar en el mismo contrato principal la sustracción a la jurisdicción estatal y especificar la jurisdicción arbitral a la que se someterá el hipotético conflicto, así como el procedimiento por el cual se designarán los árbitros, que son básicamente los requisitos necesarios para contratar un arbitraje. Es más, muy por el contrario de facilitar un arbitraje como sostiene Briseño, la cláusula compromisoria lo aleja. De Trazegnies explica por qué: «[...] como es evidente, cuando corresponde otorgar el compromiso arbitral —contratar el arbitraje—, las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquél que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones, [...] No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia [...] hará todo lo posible por dilatar la situación y entorpecer el arbitraje [...]. De esta manera ganará tiempo y fatigará al adversario». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 549.

⁷ Todo el Título XI del Código Civil —Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral, artículos 1906 a 1922— fue derogado por la Primera Disposición Final de la Ley General de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935, promulgada el día 7 de noviembre de 1992 y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 10 de diciembre de 1992). Posteriormente, el Decreto Ley n.º 25935 fue derogado por la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572, promulgada el día 3 de enero de 1996 y publicada por el Diario Oficial El Peruano el día 5 de enero de 1996). Simplemente para ilustración del lector, decía el artículo 1906:

Artículo 1906.- «Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416».

esta característica propia del arbitraje, esto es, el acuerdo de voluntades que le da vida jurídica, es también propia de la cláusula compromisoria.⁸

Como resulta obvio, si la cláusula compromisoria tuviera el efecto de sustraer a las partes de una relación jurídica de la jurisdicción estatal, estaríamos frente a un puro y simple acuerdo de arbitraje. Es más, el arbitraje quedaría constituido allí mismo de pleno derecho, y por ende, no se necesitaría de un contrato posterior para constituirlo, lo que significaría un contrasentido, toda vez que la cláusula compromisoria es doctrinariamente el contrato preparatorio o preliminar para la celebración de aquél con el que se da vida al arbitraje, esto es, a la sustracción de la jurisdicción estatal a efectos de resolver un conflicto de intereses que normalmente se resolvería en la Judicatura.

Así pues, el hecho de un contrato preliminar cuyas características y efectos serán los mismos que los del contrato final, es un completo sinsentido.

Un sinsentido es también que la cláusula compromisoria pueda ir contra el objeto mismo del arbitraje, a saber, solucionar un conflicto jurídico fuera del dominio del Poder Judicial. Y tal situación puede llegar a producirse. Metafóricamente podríamos resumirla así. *Señor juez: Nos, una de las partes de este contrato principal, hemos acordado en su momento con la otra, a través de una cláusula compromisoria, nuestro deseo de jamás pisar este juzgado. Pero el incumplimiento de este deseo por mi contraparte nos obliga a hacer lo que no queríamos hacer. Exigimos pues a*

⁸ Lohmann señala por ejemplo que «La cláusula compromisoria –conocida también como convenio preliminar– puede, pues, conceptuarse como acuerdo o estipulación autónoma por la cual dos o más partes interesadas en una relación jurídica existente y determinada, deciden someter a arbitraje sus posibles diferencias futuras que surjan de tal relación. Esto supone, en primer lugar, que el convenio estatuye sobre previsiones que pueden o no realizarse. En segundo lugar, implícitamente equivale a decir que si la hipótesis se presenta las partes se sustraen de la jurisdicción estatal». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 79 y 80. Dante Barrios escribe en el mismo sentido, aduciendo que la cláusula compromisoria determina la necesidad del arbitraje, ya que las partes no tienen la libertad para recurrir ante los tribunales, en el supuesto que surja un conflicto entre ellas; así, «en principio deben comprometer; o sea que están bajo la imposición de acudir al arbitraje». BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1956, p. 36. En este mismo error caen Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú cuando, deduciendo las características de la cláusula compromisoria afirman que: «a) En primer lugar, es un pacto por el cual las partes acuerdan sustraerse de la intervención del Poder Judicial, para luego decir lo mismo del compromiso arbitral –contratar el arbitraje–, del que afirman que «a) En primer lugar, es un pacto mediante el cual las partes acuerdan sustraerse del Poder Judicial». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 113 y 114.

usted, su señoría, sentencie a mi contraparte a cumplir su compromiso de desear conmigo no pisar esta sala para cuyo efecto deberá contratar un arbitraje. Por ser de justicia que espero alcanzar. Firmado: La parte burlada. Cuatro años después, con mucha suerte, puede que el juez sentencie a favor de *parte burlada*, y obligue a la otra a celebrar un arbitraje. Pero si el objeto de éste era precisamente no perder el tiempo en un largo proceso judicial, a todas luces aquí hay un contrasentido. Pues, al tiempo que demora un arbitraje habrá que sumarle lo que demora el proceso judicial que ordene su celebración. Sin duda, la peor de las soluciones posibles.

Suficiente hasta aquí con la devaluada doctrina de la cláusula compromisoria que, como hemos visto, es el contrato que por sí mismo no genera jurídicamente jamás un arbitraje, aunque sea éste su más vivo deseo.

¿Qué contrato, pues, da vida al arbitraje? En el tráfico jurídico y comercial de todos los días, esto es, en la realidad, los arbitrajes se contratan, casi con absoluta mayoría, en lo que se conoce como *cláusula arbitral*. Esta cláusula es pues un contrato en toda línea. En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica⁹ existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte. De ahí lo de «cláusula», que en tanto estipulación de un contrato principal, siempre es accesoria.

El objeto de la cláusula arbitral es pues, según esto, la solución de un hecho que en tanto probable se encuentra en el dominio del futuro y la incertidumbre: la controversia. Las partes la prevén pero no la desean, aunque

⁹ Silvia Gaspar precisa que, por relación jurídica se debe entender una situación de poder y deber concretos en la que resultan vinculados determinados sujetos. Esto implica que alguno de ellos se halle facultado por el ordenamiento jurídico a exigir a otro una conducta que deberá cumplir este último. Comentando la legislación española, Gaspar sostiene que las relaciones jurídicas pueden ser contractuales o no, por lo que no sólo los conflictos surgidos como consecuencia de los contratos son susceptibles de ser sometidos a arbitraje, sino también las controversias que se produzcan respecto de las obligaciones que tienen su fuente en la ley, los cuasicontratos, o el ilícito penal o civil. Ver: GASPAS LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998, p. 62.

Nuestra Ley General de Arbitraje en su artículo noveno adopta la posición de que las relaciones jurídicas arbitrables pueden ser contractuales o no.

su ocurrencia puede producirse por la misma voluntad de las partes.¹⁰ Así pues, en tanto es la controversia un hecho probable de incierta ocurrencia en el futuro, no puede haber en la celebración de la cláusula arbitral alcance alguno sobre la materia controvertida. No existe materia controvertida en este tipo de contratación arbitral pues la controversia no ha surgido. Sí puede, por el contrario, haber «materia arbitrable» que no será otra que la que las partes señalen sobre el contrato principal, siempre y cuando no esté reñida con la ley.¹¹ Así, todo el contrato principal puede ser materia arbitrable, es decir, todos los conflictos que puedan suscitarse de éste. Pero también puede ser materia arbitrable sólo alguna o algunas estipulaciones del contrato principal, o lo que es lo mismo a decir, los conflictos resultantes de alguna o algunas estipulaciones del contrato principal.

Ahora bien. Si ha quedado perfectamente claro que la cláusula arbitral implica la celebración de un contrato en toda regla, esto es, que el arbitraje ha sido contratado, no menos cierto es que para que la obligación de ese contrato sea exigible —dar solución a un conflicto de intereses entre las partes de un contrato principal a través del arbitraje—, tiene que producirse ese conflicto de intereses. En otras palabras, la controversia es la condición lógica para que el contrato llamado cláusula arbitral se cumpla.

Así pues, aunque celebrado el contrato, si la condición lógica no se cumple la obligación no es exigible. Si no hay conflicto de intereses, si no hay materia controvertida, no hay nada que arbitrar aunque el arbitraje esté contratado.

En este orden de ideas es pertinente preguntarse cuándo se extingue el arbitraje contratado a través de la cláusula arbitral. En primer término se extinguirá cuando, de no haberse producido ninguna controversia, se extinga el contrato principal del que el arbitral es accesorio. También, y aunque sólo en homenaje a la teoría, si la cláusula tuviera alguna estipulación de plazo para su cumplimiento, esto es, que el arbitraje contratado estuviera sometido a un determinado plazo antes del cual o después del cual no sea posible recurrir al arbitraje. Se extinguirá contractualmente entonces el arbitraje contratado

¹⁰ Hemos sido cautos en no calificar como hecho *futuro e incierto* a la controversia que deberá ser objeto de solución. Y esto porque para la doctrina de los contratos un hecho *futuro e incierto* es aquel cuya ocurrencia es ajena a la voluntad de las partes. Por el contrario, la controversia no necesariamente es excéntrica a esta voluntad, lo que no quita que en la contratación arbitral expresada en la cláusula, su ocurrencia tenga características futuras —porque no se ha producido en el pasado ni en el presente— e inciertas —porque nadie puede tener la certeza de que se produzca—.

¹¹ Sobre el problema de «materia arbitrable» ver el Capítulo IV de este libro.

cuando se extinga el plazo acordado para su imperio. Finalmente, cuando de haberse producido la materia controvertida o controvertidas, sea o sean éstas resueltas a través del arbitraje contratado en la cláusula arbitral. Es decir, cuando la obligación de resolver una controversia por jurisdicción ajena a la del Poder Judicial sea satisfecha. Y aquí cabe hacer una digresión.

A lo largo de este capítulo hemos hablado de contratar *el arbitraje*. Porque, lo que en efecto se contrata es la obligación de que dos o más sujetos de Derecho se sustraigan a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Estado para resolver a través de una jurisdicción privada los conflictos de intereses nacidos de una relación jurídica determinada. Así pues, el arbitraje en términos contractuales no termina necesariamente con la solución de *una* controversia resuelta a través de *un arbitraje* o *proceso arbitral*. Pues controversias pueden haber varias en el marco y en el tiempo de vigencia de un contrato principal con cláusula arbitral. Por tanto, varios pueden ser también los procesos arbitrales que les den solución dentro del arbitraje contratado en la cláusula. Y que uno de los arbitrajes fenezca por haber cumplido su fin, no implica que se extinga la obligación contratada en la cláusula arbitral o contratos de arbitraje.

Contratado pues el arbitraje a través de la cláusula arbitral y cumplida la condición para que la obligación sea exigible, es decir, producida la controversia que impele a las partes a resolverla arbitralmente, se suceden en el tiempo una serie de contratos en estrecha relación con el arbitral y cuyos propósitos son, precisamente, que la obligación asumida por las partes en la cláusula arbitral quede satisfecha. En otras palabras, para que el arbitraje contratado se materialice, se revele en los hechos, son necesarios otros contratos accesorios a su vez al celebrado en la cláusula arbitral o contrato de arbitraje.

Así pues, ¿cómo se contratan los árbitros? ¿Cómo al eventual presidente del tribunal de justicia privada? ¿Cómo las reglas que regirán el proceso? Ciertamente no a través del contrato arbitral celebrado en la cláusula como muchas veces, sin hacer distinción alguna, se confunde. Porque una cosa es la relación contractual entre las partes de la que sólo puede derivar el contrato arbitral, y otra muy distinta la relación contractual de las partes con terceros que, eventualmente, contribuirán ejerciendo una función jurisdiccional para que ese contrato arbitral celebrado exclusivamente entre las partes se cumpla.

La relación entre las partes y los terceros que tendrán participación jurisdiccional en el proceso arbitral se manifiesta, en nuestro criterio, a través de dos modalidades contractuales nominadas: la locación de servicios y el mandato. La primera, necesaria. La segunda, no.

En efecto. Surgida la controversia, las obligaciones derivadas del arbitraje contratado deben cumplirse. Así, para que se cumpla con el objeto del arbitraje que no es otro que dar solución a una controversia de Derecho por medios privados, se hace necesario el árbitro, pues no hay arbitraje posible sin árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitrará y quienes están obligados a que una controversia ya determinada sea arbitrada, es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje, cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo.

Ahora bien, el reseñado es el caso de un arbitraje simple ejercido por una sola persona. Pero puede que las partes quieran, para mayor seguridad, que su controversia sea resuelta por un tribunal arbitral que, en nuestro medio, lo constituyen por lo general tres árbitros, uno de los cuales presidirá el Tribunal.¹² Tres son pues los árbitros que deben ser contratados para brindar el servicio de arbitraje y ejercer la función arbitral. Sin embargo, en nuestra tradición arbitral la designación de uno de ellos, el presidente, implicará además un contrato de mandato.

Y aquí cabe una aclaración. Mucho se ha escrito en la doctrina sobre la naturaleza contractual del arbitraje definiéndola como un mandato. Los árbitros, se dice, tienen un mandato otorgado por las partes a través del convenio que da vida al arbitraje para poder juzgar una controversia determinada.¹³ Esto no es así. Y no lo es porque el mandato es en el Derecho

¹² Sobre este particular dicen Cantuarias y Aramburú que: «[...] En caso de no existir pacto, las leyes suelen establecer que el número de árbitros será impar, normalmente tres.

[...] A falta de acuerdo entre las partes, la Ley suele establecer mecanismos supletorios de nombramiento, siendo el más común aquél por el cual cada parte nombra un árbitro y estos dos designan al tercero que presidirá el Tribunal Arbitral». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *Op. cit.*, pp. 132 y 133.

¹³ En esa línea están Garsonnet y Cézard-Bru quienes consideran que los poderes de los árbitros sólo pueden deducirse de un contrato de mandato. Merlin sostiene lo mismo, a saber, que la actividad de los árbitros deriva del ejercicio de un mandato otorgado a través de un compromiso. VARGAS GARCÍA, Fernando. «Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil». Tesis para optar el grado académico de doctor en ciencias jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p. 36.

Civil el contrato en virtud del cual una parte denominada mandante le encarga a otra, el mandatario, la celebración de actos jurídicos por su cuenta e interés. El asunto es que la labor jurisdiccional de los árbitros no es un acto jurídico porque ninguna función jurisdiccional puede serlo.

Ahora bien. En el caso que nos ocupa, esto es, el de la constitución de un tribunal arbitral, sí existe un mandato. Pero no para juzgar una controversia, sino para que aquellos dos árbitros que ya han celebrado con las partes un contrato de locación de servicios, en nombre y representación de esas partes, invistan a su vez a un tercer árbitro que habrá de presidir el tribunal arbitral. Las partes, pues, mandan a sus respectivos árbitros para que éstos busquen y nombren a un tercero que los presidirá. He ahí, aparejado con la locación del servicio de arbitraje, el contrato de mandato. Concluido el nombramiento del presidente del tribunal arbitral, concluye también el mandato otorgado a los otros dos árbitros. Si acepta el encargo de éstos, el designado presidente podrá entonces a su vez celebrar su contrato de locación de servicios con las partes.

Hemos dicho hasta aquí que la relación jurídica entre las partes y los árbitros está constituida por contratos sucesivos y accesorios a la contratación del arbitraje en la cláusula arbitral. No ha sido necesario aclarar que dichos contratos sucesivos y accesorios, a saber, la locación de servicios y en su caso el mandato, se celebran en la medida de que existe un consentimiento. Sí es pertinente, sin embargo, determinar dónde se formaliza dicho consentimiento. Lo habitual sería que éste se hiciera en un instrumento específico donde se contratara la locación de servicios y, en otro similar, el mandato. Sin embargo, para el caso del arbitraje, en nuestra tradición arbitral y jurídica, esto no es así. No existe un documento independiente donde conste la celebración de ambos contratos.

¿Dónde pues se celebran éstos? ¿Dónde quedan formalizadas las aceptaciones de la locación de servicios y el mandato? ¿Dónde las condiciones para la prestación del servicio? ¿Dónde las remuneraciones de los árbitros? ¿Dónde —finalmente— las reglas mínimas que habrán de regir el proceso arbitral que se avecina?

Es precisamente con la absolución de estas preguntas en donde se manifiesta en toda su plenitud la compleja naturaleza dual del arbitraje, a saber, la contractual y la procesal. Pues es en un instrumento absolutamente *sui generis* donde, paradójicamente, los contratos que ocupan nuestra atención

quedan sancionados con toda formalidad. En efecto, es en el *acta de instalación* del tribunal arbitral donde quedan formalizados todos los contratos sucesivos y accesorios al de la cláusula arbitral. Es allí donde consta que los árbitros aceptan prestar sus servicios personalísimos para dirimir privadamente una controversia. Es allí donde se verifica el cumplimiento del mandato otorgado por las partes a quienes debían encontrar y nombrar a un árbitro presidente del tribunal que allí mismo se está constituyendo. Es allí que quedan formalizados los honorarios de los miembros del tribunal en ciernes. Es allí donde quedan establecidas las reglas que regirán el futuro proceso. Es allí, en ese instrumento legal donde se confunden naturaleza contractual y jurisdiccional —pues allí no sólo se formalizan contratos sino que también se instala un tribunal, acto que es en sí mismo parte de toda función jurisdiccional— donde, en un mismo tiempo, termina el dominio contractual y empieza el jurisdiccional.

Con lo dicho terminamos el estudio de la contratación arbitral más común que es, en nuestra realidad y en muchas otras, la cláusula arbitral. Empero existen otras modalidades para contratar el arbitraje. Real la una, teórica la otra, pero minoritarias ambas. Son pues dos.

La primera, que le roba a la teoría algunos casos concretos, es aquella que se celebra para resolver, a través de una jurisdicción privada, una controversia derivada de una relación jurídica generalmente contractual en la que no se previó una cláusula arbitral.

En otras palabras. Existe un contrato en que las partes no suscribieron accesoriamente la contratación de un arbitraje a través de una cláusula arbitral. Por ende, las controversias que de ese contrato *X* pudieran derivarse, deberán ser resueltas directamente por las partes o en su defecto en el Poder Judicial. Obvio, en tanto que en el contrato *X*, las partes no se han sustraído a través de una cláusula arbitral a la jurisdicción de los tribunales de justicia del Estado.

Sin embargo, ocurrida la controversia, esa sustracción que no se previó en el contrato *X*, puede producirse en otro contrato absolutamente independiente de aquél que da origen a la controversia. De este modo, las mismas partes que celebraron el contrato *X*, celebran otro contrato en el cual acuerdan un arbitraje cuya materia es la controversia surgida del contrato *X*. Ese pacto, convenio o acuerdo es un contrato principal de arbitraje en toda

regla. No vemos ninguna razón pues para no denominarlo por la especificidad de su nombre, a saber, *contrato de arbitraje sobre controversia producida*.¹⁴

Es cierto que la cláusula arbitral también es un contrato de arbitraje, pero su especificidad nominativa es la de una cláusula accesoria. Y aquí, no está de más recordarlo, la diferencia con el contrato de arbitraje sobre controversia producida es que mientras en éste la controversia existe porque pertenece a la certera dimensión del presente, en la cláusula la controversia es aún inexistente y su probabilidad, una mera concesión al futuro y la incertidumbre.¹⁵

Una segunda modalidad de contratación arbitral ajena a la de la cláusula es aquella en que dos o más sujetos de Derecho celebran un contrato por el cual se obligan a someter a arbitraje cualquier conflicto que pudiera sobrevenir de todas o algunas de sus relaciones jurídicas, tanto existentes como futuras. Esto es pura teoría y sin embargo es posible. Lo que aquí sucede es una sustracción generalizada a la jurisdicción estatal de las relaciones jurídicas entre dos sujetos de Derecho determinados. En otras palabras, las partes contratan que los tribunales ordinarios no son competentes para dirimir conflictos derivados de la universalidad de sus relaciones jurídicas, en la medida de que la ley lo permita.

Característica de esta modalidad contractual es su autonomía, esto es, su calidad de contrato principal. En efecto, el arbitraje así contratado no es accesorio a ninguna relación jurídica entre las partes, toda vez que incluso es posible que las relaciones jurídicas entre las partes no se hayan producido. La otra característica esencial es su universalidad, en la medida de que son todas o casi todas las relaciones jurídicas entre las partes contratantes del arbitraje, las que serán materia arbitrable.

Somos pues de la opinión que este es un *contrato universal de arbitraje* y así hemos dado en llamarle.

¹⁴ Hemos utilizado el ejemplo de una controversia surgida de una relación jurídica contractual por ser ésta la más común de las que se arbitran. Empero, nada obsta para que el contrato de arbitraje sobre controversia producida se refiera a la controversia de una relación jurídica no contractual, como sería el caso, por citar un ejemplo, de dos vecinos –sin vínculo contractual que los una– entre quienes surge una controversia sobre la propiedad de la pared que divide ambos predios.

¹⁵ Una excepción a esta regla es la poco frecuente posibilidad de que una vez producida una controversia en una relación jurídica contractual en la que no se previó cláusula arbitral alguna, las partes inserten en el contrato principal una cláusula arbitral, contratando así un arbitraje para una controversia en curso.

En lo que atañe a la relación contractual entre las partes con los terceros que ejercerán la función jurisdiccional, tanto en el contrato de arbitraje sobre controversia producida como en el contrato universal de arbitraje, aquélla es la misma que como hemos visto para la cláusula arbitral, se formaliza, llegado el momento, en el acta de instalación del tribunal arbitral.

En síntesis, podemos afirmar que dos son las modalidades para contratar un arbitraje que se pueden aprehender en mayor medida de la realidad: La cláusula arbitral, que es el pan de todos los días en el tema de arbitraje; y el contrato de arbitraje sobre controversia producida, cuyos casos son menos comunes aunque en ascenso. La tercera modalidad, a saber, el contrato universal de arbitraje pertenece al reino de lo posible aunque por el momento no de los hechos.

Ahora bien, como podrá atestiguar cualquiera que tenga algún conocimiento del tema arbitral, ningún manual o tratado de arbitraje consignará los nombres de estas tres modalidades para contratar un arbitraje. Somos pues los primeros. Y el mérito de esta propuesta está, si alguno tiene, en que se le llama al pan, pan y al vino, vino. Y esto porque la doctrina, enredada prisionera de conceptos que no se siguen de la realidad ni de los usos y costumbres que son su magma —de ahí que hayamos suscrito en el capítulo precedente la Teoría Realista del Arbitraje—, se niega a llamar por su nombre a un arbitraje que se contrata a través de una cláusula (cláusula arbitral), y lo que es peor, se niega a utilizar para todos los efectos el término «contrato de arbitraje» cuando debe hacerlo.

En efecto, todo parece indicar que para la doctrina tradicional, el término contrato está proscrito en el tema arbitral, aun para ese sector de la doctrina que suscribe la naturaleza contractual del arbitraje. Acuerdo, pacto, convenio, compromiso; todo menos contrato.¹⁶

¹⁶ El tratadista Dunshee, por ejemplo, utiliza como sinónimos acuerdo arbitral, pacto arbitral o convenio arbitral, a los que califica como género de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, que son las especies. La palabra contrato no figura para nada y poco sabemos con esta clasificación cuáles de todos estos eufemismos son contratos de arbitraje, o si se prefiere, a través de cuál se contrata un arbitraje. Ver: DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto. «El acuerdo arbitral». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, pp. 7 y 8.

En lo que respecta a nuestra historia arbitral cuyo origen data del Código Civil de 1984, como hemos dicho, el «contrato de arbitraje» estaba edulcorado con el nombre de compromiso arbitral que se celebraba cuando la controversia entre las partes ya se había producido.¹⁷ Esto, en nuestro lenguaje nacido del sentido común de la realidad, no es otra cosa que un contrato de arbitraje sobre controversia producida.

Derogadas las normas sobre arbitraje del Código Civil, tanto en la antigua Ley General de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935) como en la Ley General de Arbitraje vigente (Ley n.º 26572), se acuña el concepto de *convenio arbitral*. Este convenio arbitral viene a sustituir, para todos los efectos, los conceptos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral legislados en los artículos 1906 y 1909 del Código Civil. La Ley General de Arbitraje lo define así en su artículo nueve: «El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial».¹⁸ Y el artículo diez de la misma ley esboza tímidamente la modalidad que puede adoptar el convenio arbitral afirmando que: «[...] Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. [...]».

El hecho es que el así llamado convenio arbitral nada nos dice a quienes estamos imbuidos en el quehacer cotidiano de los arbitrajes. Nosotros afirmamos que el convenio arbitral de acuerdo a la doctrina y la legislación expuesta no es más que un contrato de arbitraje en toda regla al que, para variar, se le escamotea el nombre de contrato de arbitraje. Cuando éste «adopta la forma de una cláusula incluida en un contrato» no estamos más que en presencia de una cláusula arbitral a través de la cual se contrata un arbitraje. Cuando el susodicho convenio se expresa mediante un «acuerdo independiente», bien podemos estar ante un contrato de arbitraje sobre controversia producida en el caso de un conflicto de intereses *ex ante* el

¹⁷ Cantuarias y Aramburú, comentando el artículo 1909 del Código Civil, sostienen que entre las características del compromiso arbitral está: «b) En segundo término, este acuerdo debe celebrarse necesariamente una vez haya surgido un conflicto entre las partes. Como consecuencia de esto, la ley exige que se precisen los términos exactos de la controversia». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA. *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

¹⁸ Cantuarias y Aramburú señalan que «En muy simples palabras el término «convenio arbitral» no hace más que reconocer que la suscripción de un acuerdo de arbitraje celebrado tanto antes como después de que surja la controversia, es suficiente para que las partes puedan recurrir al arbitraje directamente sin necesidad de otorgar ningún otro contrato». *Idem*, p. 128.

contrato de arbitraje, o bien ante un hipotético contrato universal de arbitraje. Las cosas pues por su nombre, o al menos, por el que mejor exprese su realidad.

Con esto damos fin a este capítulo en el cual hemos tratado de develar el complejo dominio contractual del arbitraje, exorcizando una vieja doctrina plagada de entelequias a través de la claridad de las posibilidades que nos señala el mundo real.