



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA PRUEBA: ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL PROCESO CIVIL Y ARBITRAL

Karla Duelles-Panta

Piura, marzo de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

KARLA IVETTE DUELLES PANTA

**LA PRUEBA: ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL
PROCESO CIVIL Y ARBITRAL**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
Tesis para optar el Título de Abogado.**

2018

APROBACIÓN

Tesis titulada “*La Prueba: Análisis jurídico comparativo del proceso civil y arbitral*”, presentada por Karla Ivette Duells Panta en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Karla Vilela Carbajal.

Directora de Tesis

DEDICATORIA

A Dios, por darme la fortaleza y sabiduría en mi vida.

A mis padres, por su apoyo incondicional, por sus consejos y motivación constante.

AGRADECIMIENTO

Agradecimiento especial a mi directora de tesis, quien con sus conocimientos, experiencia, paciencia y dedicación guiaron el desarrollo del presente trabajo.

A mi esposo por su apoyo y comprensión incondicional.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO. NOCIONES GENERALES DEL PROCESO CIVIL	5
I. El Proceso Civil	5
1. Conceptos básicos del proceso civil.....	5
1.1 Jurisdicción.....	5
1.2 El Derecho de acción.....	6
1.2.1 Abstracto.....	7
1.2.1.1 Subjetivo	8
1.2.1.2 Público	8
1.2.1.3 Autónomo	8
1.2.1.4 Indisponible	8
1.3 Derecho de contradicción	8
2. Definición del proceso civil	9
3. Principios del proceso civil.....	12
3.1 Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva	12
3.2 Principio de Dirección e Impulso del proceso.....	16
3.3 Fines del Proceso e Integración de la Norma	20
3.4 Principio de Iniciativa de parte y de conducta procesal	22
3.5 Principio de Inmediación, concentración, celeridad y economía procesal	24
3.6 Principio de la socialización del proceso.....	26
3.7 Juez y Derecho.....	27
3.8 Principio de Gratuidad.....	29
3.9 Principio de vinculación y formalidad.....	30
3.10 Principio de doble instancia.....	31

4.	Clasificación de los sistemas procesales	32
II.	La Prueba.....	33
2.1	El derecho de prueba o derecho a probar	33
2.2	Concepto de Prueba	35
2.3	Finalidad de la Prueba.....	37
2.4	Iter Probatorio	38
III.	Medios Probatorios	40
1.	Concepto y finalidad de los medios probatorios	40
2.	Clases.....	40

CAPITULO II PROCESO ARBITRAL

I.	El proceso arbitral.....	47
1.	Nociones generales	47
2.	Revisión del Laudo Arbitral: Amparo y vías previas	51
II.	Principios del Proceso Arbitral.....	55
a)	Principio de no intervención judicial	55
b)	Independencia	57
c)	Imparcialidad.....	58
d)	Autonomía y kompetenz-kompetenz	58
e)	Principio de libertad de regulación	60
f)	Principio de buena fe	61
g)	Principio de contradicción.....	61
III.	La prueba en el proceso arbitral	61
IV.	Tratamiento de los Medios Probatorios en el Arbitraje.....	64

CAPITULO III. ANALISIS COMPARATIVO EN MATERIA PROBATORIA DEL PROCESO ARBITRAL Y CIVIL

I.	La Prueba anticipada	70
II.	El auxilio probatorio.....	73
III.	La Prueba de Oficio. El perito de oficio	77
IV.	Valoración de los medios de prueba en el arbitraje.....	79

CONCLUSIONES.....

BIBLIOGRAFÍA.....

INTRODUCCIÓN

En un Estado de Derecho la Sociedad está regida por un ordenamiento jurídico, mediante el cual se estructuran una serie de leyes y normas, a las cuales todos los ciudadanos se someten con la finalidad de mantener una convivencia pacífica. Así mismo, se ha distribuido las funciones del Estado, como mecanismo de control, creándose tres instituciones, tales son, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial.

El Poder Judicial, de conformidad con el artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993¹, el responsable de la administración de justicia, mediante la aplicación de leyes y normas, con la finalidad de resolver pacíficamente los conflictos que puedan generarse en la Sociedad. Esta función jurisdiccional se ve personificada en una organización jerárquicamente estructurada, a los que todos los justiciables pueden recurrir en busca de justicia.

Sin embargo, actualmente, dicha institución está atravesando por una fuerte crisis, dado que los operadores de justicia no se dan abasto para resolver oportunamente los litigios, convirtiéndose en procesos eternos y burocráticos, que sumándose a otros factores², ha generado una apatía a la intervención pública en post de justicia.

¹ Conforme al artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 138.- “La potestad de administrar justicia emanan del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las Leyes. (...)”

² Cfr. ÁLVAREZ MIRANDA, Ernesto y MUÑOZ HERNANDEZ, Gonzalo, “La Jurisdicción Arbitral en el Perú: El rol del Tribunal Constitucional en la salvaguarda

Es en ese marco, que se han creado otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos, tales como, mediación, conciliación, arbitraje. No obstante, no todos cumplen con una función jurisdiccional, como sí, es el caso del arbitraje, en el cual algunos lo consideran como una jurisdicción especial al igual que el fuero militar, conforme dispuesto en el numeral 1) artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993³.

Los procesos arbitrales se presentan frente a los procesos civiles, como una alternativa mucho más atractiva, especialmente en el ámbito empresarial. Las razones de esta preferencia son la celeridad para la resolución de los litigios, así como, la flexibilidad del mismo proceso. Sin embargo, la privatización de la administración de justicia ha sido fuerte cuestionada, por el hecho que se estarían afectando principios constitucionales en aras de la celeridad y flexibilización, tal es el caso del principio de debido proceso, tutela judicial efectiva, motivación de las resolución, entre otros.

Es por ello, que el objeto de estudio de esta investigación será el papel que cumplen dentro de un procedimiento arbitral, los medios probatorios, los mismos que cumplen un papel fundamental dada la trascendencia que estos tiene en la sentencia, así, lo ha previsto el legislador en el artículo 188° de Código Procesal Civil⁴.

En ese sentido, realizare un análisis comparativo de los medios probatorios, su oportunidad, valoración y su eficacia tanto en el proceso arbitral como el civil. Así como, la observancia de los principios constitucionales en el desarrollo del procedimiento arbitral.

de un fuero arbitral ajeno a intromisiones judiciales”, en *Arbitraje y Constitución*, Vol. 21, Lima, Palestra, 2012,17.

³ Conforme al artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993

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

I. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

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

⁴ Conforme al artículo 188° del Código Procesal Civil de 1984

Artículo 188.- “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.”

Cabe resaltar, que no se pretende efectuar un análisis exhaustivo de la problemática, sino de los principales y más resaltantes.

Así, el tema objeto de esta investigación es un tema multidisciplinar que pertenece al área del Derecho público, y en donde se analizarán aspectos del Derecho constitucional y Derecho procesal. Sin embargo, también se analizará un aspecto del Derecho privado con el estudio del Arbitraje, como mecanismo de solución de conflictos.

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES DEL PROCESO CIVIL

I. El Proceso Civil.

1. Conceptos básicos del proceso civil

Iniciaremos con una conceptualización breve de las instituciones más importantes que se presentan en el proceso civil. Sin embargo, es importante resaltar que abarcaremos las más importantes y que nos ayudarán en el desarrollo de la presente tesis.

1.1 Jurisdicción.

Jurisdicción se define como el poder - deber que ostenta el Estado para administrar justicia, poder que es ejecutado a través de sus órganos jurisdiccionales, quienes a su vez resolverán los conflictos de interés puestos a su consideración en base y con observancia a la Constitución y las leyes, esta potestad se encuentra consagrada en el artículo 138⁵ de la Constitución Política del Perú⁶.

⁵Artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993

Administración de Justicia. Control difuso

Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

⁶ Para un concepto amplio del término de jurisdicción Vid. MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis S.A., 1996, p. 175 y ss.

En ese contexto la jurisdicción se define como poder – deber, en donde el poder constituye la potestad de administrar justicia la cual está reservada exclusivamente al estado, quien la ejercerá a través de sus órganos jurisdiccionales, no pudiendo otra autoridad realizar tal actividad. A su vez, es un deber en el sentido que la jurisdicción se configura como un deber del Estado de resolver los conflictos de intereses, no pudiendo renunciar o eximirse de la función jurisdiccional.

La jurisdicción tiene como elementos⁷ la *notio*, referida a la facultad que ostenta el estado de conocer y resolver el conflicto de interés, la *vocatio* que es la facultad que ostenta el juez para compeler a las partes a personarse al proceso, *coertio* que puede ser definida como la potestad que ostenta el juez para hacer cumplir sus mandatos, a través del uso de medios compulsorios o coercitivo, a fin de lograr el normal desenvolvimiento del proceso. También se encuentra la *iudicium* que implica la facultad y deber que ostenta el juez para decidir, mediante la emisión de la sentencia. Por último la *executio* como potestad que ostenta el juez para ejecutar sus propias decisiones.

1.2 El Derecho de acción.

Derecho consagrado constitucionalmente, por el cual se le reconoce la facultad de todo ciudadano a solicitar la intervención del Estado, con el propósito de dirimir un conflicto de intereses. El derecho de acción se materializa con la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional competente, dicha demanda contendrá su pretensión, es decir, la expresión clara de lo solicitado. Así, COUTURE⁸ define al derecho de acción como: “...el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”.

COUTURE Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Depalma, 1958, pp. 27 y ss.

⁷HURTADO REYES, Martin. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Morano S.A., 2009, 30 p

⁸ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3ra. Edición. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1958. p. 57.

Este derecho está recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2⁹ de Código Procesal Civil. Sus características son las siguientes¹⁰:

1.2.1 Abstracto

Su ejercicio no requiere la existencia de un derecho sustantivo o material, es decir el sujeto accionante puede tener o no la razón para solicitar la intervención del Estado, ya que ello se dilucidará en el proceso.

No obstante, nuestro ordenamiento jurídico¹¹ sanciona el ejercicio abusivo del derecho, frente a quien a sabiendas de no tener la razón acciona.

Dentro de las orientaciones modernas se hace referencia a que el derecho de acción es concebido como derecho concreto de obrar. Sostiene, en lo sustancial, esta línea de pensamiento, que la acción (pretensión) sólo compete a los que tienen razón. La acción no es el derecho; pero no hay acción sin derecho. Es en contraposición a esta corriente de pensamiento, que surge la concepción del derecho de acción como un derecho abstracto de obrar. Para esta corriente de ideas, que se prolonga hasta nuestros días, y que hoy parece dominar el panorama doctrinal, tienen acción

⁹Artículo 2° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil

Ejercicio y alcances. –

Artículo 2.- Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

Por ser titular del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el emplazado en un proceso civil tiene derecho de contradicción.

¹⁰HURTADO REYES, Martin. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Morano S.A., 2009, p. 38– 42.

¹¹Artículo 4° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil

Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil.-

Artículo 4.- Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

aun aquellos' que promueven la demanda sin un derecho válido que tutelar¹².

1.2.1.1 Subjetivo: Al ser un derecho inmanente a la naturaleza del ser humano, todo sujeto de derecho es titular del derecho de acción.

1.2.1.2 Público: Dado que se tiene al Estado como destinatario, ya que este otorgará tutela jurídica.

1.2.1.3 Autónomo: Es independiente de la existencia de un derecho sustantivo.

1.2.1.4 Indisponible: No cabe realizar ningún tipo de acto jurídico, por lo que no se puede renunciar ni transferir.

1.3 Derecho de contradicción

DEVIS ECHANDÍA, define el derecho de contradicción, como aquel derecho de obtener una decisión justa del litigio que se le plantea al demandado o acerca de la imputación que se le sigue al procesado, mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener la oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer recursos que la ley consagre¹³.

Posee las mismas características del derecho de acción, en tanto es subjetivo, abstracto, público, autónomo e indisponible. No obstante, su ejercicio depende que previamente se haya ejercido el derecho de acción, es por ello que se materializa mediante la presentación de la contestación de la demanda principalmente.

Al igual que el derecho de acción está reconocido constitucionalmente, expresión de ello es la existencia de los principios tales como imparcialidad de los órganos jurisdiccionales,

¹² COUTURE, Eduardo J., *op. cit.*, p. 64.

¹³ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general del proceso: aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2002, p. 206

contradicción, así como, incorporación de diferentes mecanismos de defensa, tales como, impugnación, excepciones, defensas previas y entre otros.

2. Definición del proceso civil.

Para hacer referencia al proceso, se ha argumentado la existencia de una “Teoría del Proceso”, la cual no se origina de forma fácil. Como referente tenemos que las mayoría de universidades sólo consignaban los estudios por especialidades, así egresaban alumnos especialistas en derecho penal, civil o comercial. Si se hacía alguna referencia al proceso era básicamente para enfatizar en el conjunto de comportamientos que debía ostentar el abogado ante la defensa en los tribunales.

De ahí, que fundamentando esta idea, MONROY GÁLVEZ¹⁴ nos aclara que atrás de esta consideración minusválida del proceso había un fundamento científico. Su afirmación se sustentaba en la vigencia de la tesis desarrollada por la Escuela Histórica, según la cual "la acción" no era otra cosa que el efecto-respuesta de un derecho material agredido, es decir, que era el mismo derecho material pero en movimiento, en posición de combate, por lo que carecía de sentido estudiar lo que no alcanzaba a ser otra cosa más que la expresión dinámica de un derecho material.

Debemos advertir que al tratar inicialmente sobre Teoría del Proceso, estamos haciendo referencia al derecho procesal. Así, para definir el objeto de estudio de este derecho, se han dado conceptualizaciones clásicas como las de CARNELUTTI, GUASP y DEVIS ECHANDÍA¹⁵; sintetizando MONROY GÁLVEZ nos aclara que el derecho

¹⁴ MONROY GÁLVEZ. Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis de Belaunde & Monroy, 1995, p. 55.

¹⁵ Los aportes teóricos de Carnelutti se basan en mostrar la relación entre el acto jurídico y la definición del procedimiento, en donde se ve relacionado los procesos de combinación y resultados que tiene las herramientas constitucionales por garantizar la legalidad de las normas y su eficiencia en un grupo social. A su vez, Guas es el promotor del proceso como institución, definiéndolo como el conjunto complejo de actividades relacionadas entre sí por una idea común y objetiva, a las que están unidas las voluntades de los sujetos provenientes de dichas actividades. Por último Devis Echandía, el cual asienta el hecho de que no se puede construir ningún edificio teórico del proceso ni comprender su práctica, sino se concibe en su conjunto, sirve el juez, el

procesal: “...no se encarga del estudio de una determinada norma procesal o de una determinada institución. Digamos que su objeto de estudio son aquellos temas o instituciones que configuran universalmente el concepto proceso como expresión única, común y homogénea. Es el estudio del proceso como abstracción, esto es, de aquello que es común en la diversidad de sus manifestaciones. Se trata del estudio del proceso como institución, y solo como expresión secundaria, también, de sus instituciones. No hay que olvidar que el concepto teoría -de origen griego está ligado a aquel tipo de conocimiento liberado de aplicaciones prácticas”.¹⁶

Teniendo en cuenta que el derecho procesal incluye como objeto de estudio el concepto de proceso. El derecho procesal incluye como temas fundamentales el proceso la jurisdicción y la acción; y considerando esto el proceso puede ser definido como una actividad generadora de actos jurídicamente reglados, dirigidos todos a obtener una determinada resolución jurisdiccional.

En un sentido literal y lógico, no jurídico, por proceso se entiende cualquier conjunto de actos coordinados para producir un fin. Y así hablamos del proceso de producción de un material o de construcción de un edificio. Y adentro del terreno jurídico, pero en sentido general, entendemos por proceso una serie o cadena de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, y entonces hablamos del proceso legislativo o de elaboración de un decreto quiere la intervención de diversas personas y entidades; y aun del proceso contractual para el campo del derecho privado, con lo que queremos referirnos a los actos preparatorios, como conversación, exposición de la intención y fines de cada contratante, al acuerdo sobre las condiciones, a la redacción de estas, al cumplimiento de las formalidades que la Ley exige para la validez del acto y, por último, a su ejecución¹⁷.

abogado todos los conceptos y herramientas sin los cuales no es posible entender el proceso ni la relación procesal.

¹⁶ MONROY GÁLVEZ. Juan., *op. cit.*, p. 56

¹⁷ DEVIS ECHANDÍA. Hernando. *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Aguilar, s/a, p. 129.

En el terreno procesal el concepto tiene un sentido más restringido.

CHIOVENDA define el proceso como el complejo de los actos coordinadas al fin de la actuación de la ley (con relación a un bien que se pretende garantizado por ella) por parte de los órganos de la jurisdicción. Está, pues, constituido el proceso por la serie de actos del juez y de las partes y aun de terceros, encaminados a la realización del derecho objetivo. Estos actos, considerados en su aspecto exterior y puramente formal, constituyen el procedimiento¹⁸.

COUTURE¹⁹ define al proceso judicial, como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Pero esos actos constituyen, a juicio del jurista, en sí mismos una unidad. La simple secuencia, no es proceso, sino procedimiento. La idea de proceso es necesariamente teleológica. Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido, proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio.

A su vez, la función que se desarrolla en el proceso es eminentemente pública, el fin del proceso no es la defensa de derechos subjetivos; el Estado utiliza el interés privado de las partes para concretizar el cumplimiento de un fin totalmente público.

Llegando a un concepto de proceso civil proponemos el señalado por DEVIS ECHANDIA²⁰, el cual lo define como el conjunto de actos coordinados que se llevan a cabo por o ante los funcionarios que cuentan con la debida competencia del órgano judicial estatal, que mediante la actuación de la Ley, pueden obtener la declaración o defensa de los derechos que buscan tener las personas ya sean privadas o públicas.

Y es a partir de este concepto, que el proceso civil se define como el conjunto de actos procesales preclusivos, que se dan de forma

¹⁸CHIOVENDA, Institución del Derecho Procesal Civil, V. I, p. 32. Citado por [DE PIÑA. Rafael, CASTILLO LARRAÑAGA. José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México: Ed. Porrúa, 2007, p. 186]

¹⁹COUTURE. Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 1958, p. 122

²⁰ DEVIS ECHANDÍA. Hernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2002, p. 564

ordenada, llevados a cabo por los sujetos procesales, orientados claro está a dirimir un conflicto intersubjetivo de intereses y así lograr la armonía entre las partes. Del mismo sentido es CARNELUTTI²¹ el cual sostiene que el proceso es el conjunto de actos coordinados y sucesivos realizados por los órganos investidos de jurisdicción y los demás sujetos que actúan, con el fin de obtener la aplicación de la ley sustancial o material a un caso concreto o material.

3. Principios del proceso civil

Los principios procesales se definen como líneas directivas que orientan el ordenamiento jurídico procesal, teniendo como principal función el crear, interpretar e integrar el mismo, evitando así la intromisión de aspectos subjetivos al momento que el operador de justicia tome una decisión, así mismo, se instauran como herramientas jurídicas frente a las deficiencias o vacíos normativos, esto último, tal como lo expuso ALEXANDER RIOJA BERMÚDEZ²² solo se puede dar siempre que los principios se constituyan como normas fundamentales, trascendentes, universales, sin que sean necesariamente positivas.

El juez aplica las categorías jurídicas, llamados principios, adecuándolos al caso concreto, son pautas orientadoras de su decisión. El Título Preliminar del Código Procesal Civil establece el conjunto de principios procesales aplicables. Siendo los siguientes:

3.1 Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Nuestro Código Procesal Civil consagra este derecho en su Título Preliminar (artículo II), en concordancia con el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución Política. Sobre el origen del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva DE BERNARDIS²³ nos señala que el origen del concepto de la tutela judicial efectiva puede rastrearse en el proceso de sustitución de la autotutela como medio de solución de controversias, acentuándose la necesidad de

²¹ Citado por COUTURE. Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1984, p. 39s

²² RIOJA BERMUDEZ, Alexander. *El Nuevo Proceso Civil Peruano*. Arequipa: Ed. Adrus S.R.L., 2011, p.35

²³ DE BERNARDIS, Luis. *La Garantía del Debido Proceso*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1995, p. 20.

su plena aplicación de la mano con el incremento en la confianza que la solución de conflictos y controversias por parte del Estado como tercero imparcial irá adquiriendo paulatinamente esta sustitución de la autodefensa por la función jurisdiccional a cargo del Estado.

Así, desde el derecho romano hasta la pandectista alemana del S. XIX se ha afirmado que no hay derecho sin acción ni acción sin derecho²⁴; convirtiéndose la acción en un instrumento del proceso. Esta concepción positivista del derecho y del proceso ha llevado a desnaturalizar la vigencia de los derechos fundamentales, en la medida que su validez y eficacia ha quedado a condición de la aplicación de normas procesales autónomas, neutrales y científicas²⁵; que han vaciado a los derechos fundamentales de los valores democrático y constitucionales que le dieron origen en los albores del constitucionalismo moderno.²⁶

En esa medida, después de la segunda guerra mundial, el derecho constitucional contemporáneo se planteó la relación entre Constitución y proceso, procurando la reintegración del derecho y el proceso, así como superando el positivismo jurídico procesal basado en la ley, en base a reconocer un rol tutelar al juez constitucional – disciplina judicial de las formas.²⁷ Así, se parte de concebir a los propios derechos fundamentales como garantías procesales, y son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso

²⁴ MONTERO AROCA. Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 60 ss. y 115 ss.

²⁵ CHIOVENDA. José. *Principios de derecho procesal civil*, Tomo I. Madrid: Ed. Reus, 1922, pp. 43 y ss., pp. 61-64.

²⁶ LANDA. Cesar. “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En *Pensamiento Constitucional*. Año VIII, N° 08, 2002, pp. 445-461.

²⁷ Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, volumen I, ediciones JEA, Buenos Aires, 1962, pp. 317 y ss, en particular p. 323. [citado por: LANDA. Cesar. “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. *op. cit.*

material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional.

Es de esta manera como la tutela judicial y el debido proceso se incorpora al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que, a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales. En consecuencia, «las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso»²⁸.

Ahora desde la perspectiva de la tutela, es necesario advertir que el Estado tiene la obligación de asegurar un conjunto de garantías institucionales que permitan el ejercicio del debido proceso de toda persona²⁹. Así, conforme lo señala APARICIO PÉREZ: “Es importante reafirmar que los derechos al debido proceso constituyen la base sobre la que se asienta la tutela judicial y no judicial. En tal entendido se puede señalar que, en nuestro sistema constitucional se encuentran consagradas enunciativamente las garantías de un proceso litigioso, en función de lo cual toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional.”³⁰

El principio a la tutela jurisdiccional efectiva puede ser definido como “el derecho de toda persona a que se le haga justicia: a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantía mínima”³¹. Se conceptúa también el hecho de acudir al órgano

²⁸LANDA. Cesar. “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, *op. cit.*

²⁹ GONZÁLES PÉREZ. Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas., 2001, pp. 53 ss

³⁰ APARICIO PÉREZ. Miguel. “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, en *RCEC*, N° 3, Mayo-Agosto, CEC, Madrid, 1989, pp.71 y ss.

³¹ GONZÁLES PÉREZ. Jesús., *op. cit.*, p. 27

jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda–, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión.³²

PRIORI³³ considera que la noción de “tutela” puede ser entendida como la protección que viene ofrecida a un determinado interés ante una situación en la cual el mismo sea lesionado o insatisfecho y la forma de tutela de las situaciones jurídicas por excelencia es la tutela jurisdiccional, la misma que se lleva a cabo a través del proceso

Por su parte desde la perspectiva del texto constitucional, el artículo 139.3 de la Constitución se ha establecido como un derecho relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional, “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. Así, sobre la tutela jurisdiccional ha dicho el Tribunal Constitucional que “supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia”; mientras que sobre el debido proceso ha manifestado que “significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”³⁴.

Con relación a estos dos derechos CASTILLO CÓRDOVA³⁵ considera lo siguiente: “...Con la expresión “debido proceso” alude a la dimensión dinámica y subjetiva del bien humano, es decir, al conjunto de fases procesales que hay que seguir desde el acceso a la justicia hasta la ejecución eficaz y oportuna de la decisión justa; mientras que con la expresión “tutela jurisdiccional” alude a la dimensión estática y objetiva del bien humano, es decir, a la situación de hecho conseguida por la desaparición plena de la

³² AGUIRRE GUZMÁN. Vanessa. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, en *Revista de Derecho Foro*, N° 14, 2010, p. 08

³³ PRIORI, Giovanni. “La Efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En *Revista Ius et Veritas* Año 13, N° 26. Lima: 2003, p. 279.

³⁴ Vid. 2 EXP. N.º 09727–2005–PHC/TC, del 6 de octubre del 2006, Fundamento 7.

³⁵ CASTILLO CÓRDOVA. Luís. “Debido Proceso y tutela jurisdiccional”. En GUTIERREZ W.(coord.). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*. V. III. Lima: Gaceta Jurídica, p. 51-71.

controversia. Por eso es que se acierta cuando se afirma que “entre el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia sólo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación”.

De lo señalado por el jurista podemos decantar que desde la perspectiva procesal de este derecho todos los actos a desarrollarse al interior de cada proceso determinado deben estar dirigidos a permitir a los justiciables alcanzar la efectiva tutela y vigencia de sus derechos. Así, desde esta idea COUTURE³⁶ considera que la tutela judicial efectiva conlleva a la satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la plena vigencia de las normas jurídicas.

3.2 Principio de Dirección e Impulso del proceso.

Anteriormente el proceso se caracterizaba por ser de exclusividad de las partes, las cuales tenían un poder omnímodo sobre el objeto litigioso y en el desarrollo del proceso. Así, sólo la parte interesada, ante irregularidades formales del proceso, podía cuestionarla.

El juez no tenía facultad para denunciarlo de oficio, el cuál debía permanecer extraño al proceso, con la finalidad que mantenga su imparcialidad. Es en este sentido, que bajo el principio de no intervención del Estado, se concibió al juez como un mero espectador de la contienda, con el único compromiso de pronunciar un veredicto al final del proceso, sin embargo, este criterio es superado por una posición jerárquico-autoritaria del juez en el proceso.

Esta evolución ha permitido hablar de un juez-director, y no sólo considerar al juez como un mero espectador del proceso; de

³⁶ Vid OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia*. Lima: Palestra, 2000, p. 62

ahí que el principio de dirección también se le conozca como de autoridad. Sin embargo este nombre se ha dejado de lado, porque puede llevarnos a la idea de un juez dictador o autoritario. Este principio es característico del sistema publicístico procesal, en el cual el juez se convierte en un agente activo y no en un mero espectador del proceso, asignándoles atribuciones y obligaciones. En ese contexto, el juez será la autoridad que conduzca el proceso, dentro del marco de las atribuciones, responsabilidades y limitaciones impuestas por la ley. El principio de Dirección del proceso se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo II del título preliminar del Código Procesal Civil Peruano³⁷.

El artículo II del Título Preliminar implica entonces una aptitud del juez, que consiste en administrar justicia, para conducir de manera autónoma el proceso, sin necesidad de intervención de las partes; el impulso de oficio del juez no elimina la posibilidad de impulsar el desarrollo del proceso; en virtud de que existen procesos que sólo son impulsados por las partes en litigio.

Este principio consiste en que una vez iniciado el juicio, debe el juez o el secretario, según el acto de que se trata, impulsar su marcha sin necesidad de que las partes lo insten a hacerlo, pues simplemente se trata de cumplir las normas legales que lo regulan, y aquel es responsable de cualquier demora ocasionada por su culpa. Pero recuérdese que hay ciertos actos que necesariamente deben tener origen en la voluntad expresa de las partes, y, además, hay otros, simplemente de tramitación, que también les corresponden, como consecuencia del principio dispositivo.³⁸

A su vez, basándose en este principio PEYRANO sostiene: “implica el tránsito del juez–espectador al juez–director”⁶. Supone el convencimiento de que “el juez no puede conservar la actitud

³⁷ Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil de 1984

“Artículo II.- La dirección del proceso está a cargo del juez, quien lo ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código.

El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código.”

³⁸ DEVIS ECHANDÍA. Hernando. *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.*, op. cit., p. 59.

pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos (...). [E]l Estado hallase interesado en el proceso (...) en que la justicia de todos los pleitos se realice lo más rápidamente y lo mejor posible”³⁹.

Conforme lo señala PALACIO la dirección del proceso puede definirse como el conjunto de actos que corresponde cumplir para colocar al proceso en cada una de las etapas que lo integran, resolver las diversas situaciones que en ellas se susciten, re examinar actos defectuosos o injustos, comunicar a las partes o a los terceros las resoluciones que se dicten, formar materialmente el expediente, dejar constancia escrita de actos verbales, expedir certificados o testimonios y asegurar la eficacia práctica de la sentencia definitiva⁴⁰.

Por su parte, MONROY GÁLVEZ considera que el principio de dirección conocido también como principio de Autoridad, su presencia histórica en el proceso civil se explica como el medio a través del cual se empieza a limitar los excesos del Principio dispositivo, aquel por el cual el Juez tiene dentro del proceso un rol totalmente pasivo, destinado sólo a protocolizar o legitimar la actividad de las partes⁴¹. Desde esta perspectiva CHIOVENDA se refiere a este principio de la siguiente manera: "En el proceso civil moderno el juez no puede conservar la actitud pasiva que tuvo en el proceso de otros tiempos. Es un principio del derecho público moderno que el Estado hallase interesado en el proceso civil; no ciertamente en el objeto de cada pleito, sino en que la justicia de todos los pleitos se realice más rápidamente y lo mejor posible (...) El juez, por lo tanto, debe estar provisto también en el proceso civil, de una autoridad que careció en otros tiempos."⁴²

En resumen podemos decir: a) la intervención del juez en el proceso ha estado marcada en su desarrollo por dos posiciones antagónicas: la privada, que exalta el principio de no intervención del Estado, del juez espectador; y la pública, que enarbola una

³⁹ PEYRANO, Jorge. *El Proceso Civil*. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 73.

⁴⁰ PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. T. V, p. 8

⁴¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. "Los Principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992". En *Themis* 25, p. 38.

⁴² CHIOVENDA, JOSE. *Principios de derecho procesal civil*. T. 11. Madrid: Ed. Reus, p. 136.6.

posición jerárquico autoritaria del órgano jurisdiccional respecto del conflicto y los justiciables; b) la conducción actual del proceso civil está influenciado por una concepción publicista que confiere poderes vastos y hasta discrecionales es al juez para el desarrollo formal del proceso, conservando siempre las partes su poder dispositivo sobre el objeto litigioso y su pertenencia sobre el *tema decidendum*.⁴³

El principio de impulso de oficio, implica la imposición de un deber al juez que una vez iniciado el proceso, éste deberá impulsar la marcha del mismo, sin que sea necesario que previamente unas de las partes solicite su intervención o pronunciamiento para continuar con la tramitación del proceso, regulado en el segundo párrafo artículo II del Título Preliminar de Código Procesal Civil. Siendo sancionado la conducta del juez por la demora que hubiera en el proceso por causas imputable a éste. Con respecto a lo antes mencionado debemos precisar, que el impulso de oficio queda limitado en la realización de actos procesales cuya realización dependa exclusivamente al ámbito de la voluntad privada.

Para MONROY⁴⁴ este principio hace referencia la aptitud que tiene el juez para conducir autónomamente el proceso –vale decir sin necesidad de intervención de las partes– a la consecuencia de sus fines. No está de más recordar que dentro de una estructura procesal dispositiva, hay un cerrado monopolio de las partes respecto del avance del proceso, el impulso procesal busca precisamente quebrar dicha exclusividad”.

Respecto al impulso de oficio, CASTILLO CÓRDOVA⁴⁵ refiere a que se suele “como aquel “fenómeno por virtud del cual sea segura la continuidad de los actos procesales y su dirección hacia el fallo definitivo”. Mientras que el principio de oficiosidad en el impulso se define como “la facultad que se concede al juez para

⁴³Vid. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/j.pdf>. Con acceso [17 de febrero de 2017]

⁴⁴ MONROY, Juan. “Los principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992”, en la *Formación del proceso civil peruano: escritos reunidos*. Comunidad. Lima, 2003, p. 267.

⁴⁵ CASTILLO CÓRDOVA. Luís. “Los principios procesales en el Código procesal constitucional”. En *Actualidad Jurídica*, T. 141, pp. 141-146.

conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso –sin necesidad de intervención de las partes– a fin de lograr la consecución de sus fines” (...) En todo caso, debe tomarse en consideración que los decretos o resoluciones que el juez emita en aplicación de este principio no necesitan ser motivados. Se tratará siempre de resoluciones que no establecen sanciones, ni resuelve pretensión alguna, sino que sencillamente tienen por finalidad mover el proceso, se entiende, con la finalidad de –para lo que ahora importa– afianzar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los Derechos Fundamentales.”

3.3 Fines del Proceso e Integración de la Norma.

El proceso es un conjunto de actos ordenados, sistematizados, orientados al logro de un fin predeterminado. El proceso no se agota en un instante sino que responde a una secuencia de etapas, ello le da un carácter dinámico. Todo proceso tiene una vocación de arribo, no tiene un fin en sí mismo sino que es teleológico. En el campo del proceso civil, este va a estar orientado a poner fin al conflicto de intereses y permitir la paz social en justicia por medio de la actividad jurisdiccional.⁴⁶

Con referencia a este principio MONROY⁴⁷ nos señala que: “La solución de los conflictos intersubjetivos de intereses conduce o propende a una comunidad con paz social. Este es el fin más trascendente que persigue el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales. Precisamente, el proceso es el instrumento que le permite al Estado hacer eficaz el derecho objetivo, es decir, el proceso judicial produce las condiciones para que el Estado exija el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.”

El proceso no es un fin en sí mismo, ni los trámites pueden convertirse en ritos sacramentales, disociados tanto en su realización como en su omisión, de los efectos que produzcan, toda vez que el culto a la forma ha de ser guardado en cuanto sirva de protección y amparo frente al ejercicio precipitado o desmedido del

⁴⁶ Vid. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/j.pdf>. Con acceso [17 de febrero de 2017]

⁴⁷ MONROY GÁLVEZ. Juan. *Introducción al proceso civil*, op. cit., p. 95

jus-litigatoris. Su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia y el juez puede adecuar las exigencias de las formalidades al logro de los fines del proceso (Cas. N° 733-98-Lima-Cono norte, El Peruano, 21/11/98, p. 2078).

De lo cual se puede inferir la doble finalidad que ostenta el proceso, por un lado un fin inmediato, de naturaleza íntegramente privada, puesto que busca poner fin a un conflicto de intereses y por otro lado un fin mediato, de naturaleza pública, ya que la solución de los conflictos de interés conduce a un estado de convivencia armónica y pacífica.

Por otro lado, el principio de integración de la norma es que resulta necesario otorgar al juez y a las partes herramientas lógica – jurídicas que le permitan hallar la solución al conflicto de intereses que se presenta; concediéndole al juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas o contradicciones sobre la base de ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido entre estos.

La Constitución política del Perú, establece en su artículo 139 inciso 8 que no se debe dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. El Código Procesal al igual que la Constitución, propone recurrir a los principios generales del Derecho Procesal; sin embargo, frente a los métodos de integración, la recurrencia a los principios generales del proceso no puede ser tomado en preferencia si hay la posibilidad de recurrir a la analogía, pues, se podría atentar contra la seguridad jurídica por lo siguiente: la analogía supone extender a un caso no previsto por la norma lo que el legislador previó para otro semejante; supone siempre igualdad en las razones que justifican la aplicación de la norma jurídica en uno y otro caso; en cambio, en la aplicación de los principios generales hay una fuerte carga axiológica, donde la subjetividad de quien lo aplica tiene un rol importante como elemento orientador en dicha labor, por ello, la recurrencia a los principios como mecanismo integrador debe operar cuando se haya

agotado la posibilidad de construir soluciones existentes en el ordenamiento a través de la analogía.⁴⁸

La integración jurídica es la creación de normatividad recurriendo a los medios que el derecho ofrece para llenar las lagunas jurídicas, cuando no existe norma jurídica aplicable a algún caso concreto; esto responde entonces al principio: “Los Jueces no pueden dejar de administrar Justicia ante vacío o deficiencia de la Ley”. Así la analogía que se sustenta en la “*ratio legis*”,⁴⁹ consiste como lo señala Sanz de Urquiza⁵⁰, “... en extender el supuesto previsto al supuesto no previsto pero esencialmente igual”.

3.4 Principio de Iniciativa de parte y de conducta procesal.

Con respecto al principio de iniciativa de parte, denominado también en doctrina "principio de la demanda privada", que expresa la necesidad que sea una persona distinta al Juez quien solicite tutela jurídica.⁵¹

El principio rector del proceso civil es el dispositivo, que consagra que sin la iniciativa de la parte interesada no hay demanda: “*nemo ius sine actore*”. Para este principio, aquellos asuntos en los cuales solo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares; situación distinta si es el interés social el comprometido, frente a lo cual no es lícito a la partes interesadas contener la actividad de los órganos del poder público. Este principio no es absoluto, pues, se permite la intervención de oficio del juez en el impulso del proceso y la prueba de oficio⁵².

⁴⁸Vid. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/j.pdf>. Con acceso [17 de febrero de 2017]

⁴⁹ RUBIO CORREA. *El Sistema Jurídico: Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1984, p. 236.

⁵⁰ SANZ DE URQUIZA. *La interpretación de las leyes tributarias*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 63

⁵¹ MONROY GÁVEZ. Juan. “Los Principios procesales en el Código Procesal Civil de 1992”, *op cit.*, p. 39

⁵² Vid. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/j.pdf>. Con acceso [17 de febrero de 2017]

Así CARNELUTTI⁵³ sostiene que "... la iniciativa de las partes es indispensable no sólo para pedir al Juez la providencia, sino también para poner ante su vista los hechos de la causa. "Sin este perro de caza "el Juez no llegaría nunca a descubrirlos por sí mismo. Que aún en las rarísimas hipótesis en que podría lograrlo no lo deja la ley obrar por sí, depende no de la consideración de que en los procesos civiles la justicia sea un asunto de las partes, sino de que, si no se pone a su cargo el riesgo de la iniciativa en este terreno, no pueden las partes ser suficientemente estimuladas en su cometido de mediadoras entre los hechos y el Juez..."

Puesto que ya el proceso civil no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como de derecho privado, sino, por el contrario, que el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficacia y rectitud, debe considerarse como un principio fundamental del procedimiento el de la buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia.⁵⁴

La buena fe procesal es un término complejo. Así, PICÓ JUNO⁵⁵ y la ha definido como "aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta". LOZANO-HIGUERO⁵⁶ ha dicho, por su parte, que por el principio de probidad debe entenderse aquel "conjunto de reglas, standards o criterios de conducta, de carácter ético, social y deontológico, a que deben adaptar su comportamiento los sujetos procesales (partes, profesionales causídicos, juez, secretario,

⁵³ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: 1952, T. 1, pág. 95 citado por [MONROY GÁVEZ. Juan., *op. cit.*, p. 40]

⁵⁴ DEVIS ECHANDÍA. Hernando. *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.*, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁵ PICÓ I JUNOY, J. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: Bosch Editor, 2003, p. 69.

⁵⁶ LOZANO-HIGUERO, M., "La probidad en el nuevo proceso civil (Respecto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento)", en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, tomo XIV, 2002, p. 326 [citado por: HUNTER AMPUERO. Iván. "No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración". En *Revista de Derecho*. Vol. XXI. N° 2, 2008, p. 153.

personal auxiliar y secretarial, peritos, testigos, etc.) en el curso del proceso y todo acto procesalmente relevante”.

Es desde esta línea que la buena fe –en el ámbito del proceso– se configura como un principio general de derecho. El principio de la buena fe procesal es la manifestación en el ámbito jurisdiccional del principio general de la buena fe. Éste, como destaca la mejor doctrina, no sólo despliega su eficacia en el campo del derecho privado sino también en el público, en orden a preservar un mínimo de conducta ética en todas las relaciones jurídicas⁵⁷.

3.5 Principio de Inmediación, concentración, celeridad y economía procesal.

El principio de inmediación surge como consecuencia de la premisa que dentro de un proceso “debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de actividad procesal”. De ahí que este principio implique que el proceso se realice en el menor tiempo posible. Principio Concentración se ha previsto en el segundo párrafo del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, mediante este principio se busca realizar el mayor número de actos procesales en el menor número de audiencias, y así con ello evitar extender el tiempo de desarrollo del proceso.

Por su parte con el término literal de inmediación se infiere, significa que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso y los hechos que en él deban hacerse constar. De ahí que la inmediación pueda ser subjetiva, objetiva y de actividad. Se entiende por inmediación subjetiva la proximidad o contacto entre el acto probatorio y determinados elementos personales o subjetivos, bien sean los sujetos mismos del proceso, bien sean personas distintas de tales sujetos, es decir, terceros. La manifestación principal del requisito de inmediación subjetiva es la que impone que el acto de prueba se practique en

⁵⁷ PICO JUNOY. Joan. “El principio de la buena fe procesal”. Disponible en <http://justiciayderecho.org.pe/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoj.pdf>. Con acceso [20 de febrero de 2017].

presencia de su destinatario, es decir, que la prueba se verifique ante el juez.⁵⁸

La intermediación implica un deber del juez de tener un contacto directo con las partes del proceso, así como todos los elementos de juicio ofrecidos por éstas, esta proximidad material obliga a que las audiencias y la actuación de los medios probatorios sean realizados directamente frente al juez, quien no podrá delegar tal función. Ello con el propósito que el juez pueda valorar los elementos que no se puedan transmitir y expresar propiamente en un expediente, humanizando así el proceso. Este principio se encuentra regulado en el artículo V⁵⁹ del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

El principio de economía procesal surge a partir de la idea que “[e]l proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso”⁶⁰. Este principio está referido especialmente “a tres áreas distintas: ahorro de tiempo, gasto y esfuerzo”⁶¹. Principio dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, por el cual el legislador ha fijado la obligación del juez de ajustar los tiempos de realización de los procesos a fin de evitar que su dilación conlleve a mayor inversión

⁵⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Nociones generales de Derecho Procesal Civil.*, op. cit., p. 61.

⁵⁹ Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil Principios de Intermediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.-

Artículo V.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

⁶⁰ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1988, p. 189.

⁶¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. op. cit., p. 98.

de costos y esfuerzos a las partes, lo cual finalizaría en una pérdida de interés de estas por resolver el conflicto.

3.6 Principio de la socialización del proceso.

El principio de socialización procesal, recogido en el artículo VI Código Procesal Civil, exige del juez la capacidad de saber intervenir a fin de que las desigualdades materiales que siempre acompañan a los litigantes, no entorpezcan la labor de llegar a una solución justa. Como bien se ha dicho, este principio “no solo conduce al juez –director del proceso– por el sendero que hace más asequible la oportunidad de expedir una decisión justa, sino que lo faculta para impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor justicia”⁶².

Principio establecido en el artículo VI⁶³ del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual dispone que el juez está en la deber de evitar que la desigualdad sea de cualquier naturaleza (sexo, raza, religión, idioma, condición social) influyan en el desarrollo o resultado del proceso, buscando tutelar los derechos de las partes en conflicto. Este principio es una expresión del derecho fundamental de igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 2⁶⁴ de la Constitución Política del Perú, en ese sentido las partes en un proceso participarán en identidad de condiciones.

⁶²MONROY GÁLVEZ, Juan., *op. cit.*, pp. 101–102.

⁶³ Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil

Principio de Socialización del Proceso.-

Artículo VI.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

⁶⁴Artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993. Derechos fundamentales de la persona. Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

3.7 Juez y Derecho.

Se trata de un principio procesal (material) que viene recogido en el artículo VIII CPC (igualmente en el artículo VII Código Civil), y que habrá que adicionar a los expresamente reconocidos en el artículo III Código Procesal Civil. Y como principio procesal, habrá que recordar que su reconocimiento y aplicación se justifica sólo en la medida que se emplea para alcanzar los fines del proceso constitucional que se trate: supremacía de la Constitución y, en particular, la plena vigencia de los derechos ahí reconocidos y garantizados⁶⁵.

El artículo consagra el aforismo *iura novit curia* que señala “las partes deben expresar los hechos y el juez el derecho” el cual también es reproducido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil a pesar de su naturaleza procesal para ALVARADO VELLOSO⁶⁶ el *iuranovit curia*, es una regla técnica de la actividad de sentenciar que indica que las partes procesales solo deben proporcionar al juez los hechos, pues él conoce el derecho y debe aplicar al caso en que corresponda según la naturaleza del litigio. Dicha regla ostenta tres matices: Primero, hace referencia en la aplicación del Derecho a pesar de no ser invocado por las partes, así mismo, en la aplicación del Derecho correcto, cuando fue erróneamente invocado por las partes o contrariar la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados.

A su vez sostiene el jurista, señala que la regla *iura novit curia* debe ser distinguido de los principios, puesto las reglas son líneas directrices que se presentan en forma binaria, como la oralidad o la escritura, la mediación o la inmediatez, mientras que los principios que revisten mayor importancia ostentan siempre un carácter unitario, y sin su presencia efectiva no puede hablarse verdaderamente de proceso.

⁶⁵CASTILLO CORDOVA. Luís. “Los Principios Procesales en el Código procesal Constitucional”. Disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2066/Principios_procesales_Codigo_procesal_constitucional.pdf?sequence=1, 2005, p. 13

⁶⁶ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del Derecho Procesal*. Tomos I y II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1989, p. 275.

Por su parte EZQUIAGA⁶⁷ indica que el *iura novit curia* se encuentra elaborado por la ciencia jurídica con un origen puramente dogmático, y tiene una doble función como presunción y principio normativo, y se le puede tratar como un principio-construcción o regula iuris, es decir, una elaboración de la ciencia jurídica que sistematiza el ordenamiento jurídico, articula las funciones legislativa y jurisdiccional y se configura como una armazón o estructura que sostiene toda la organización jurídica.

Sin embargo, somos de la opinión que el *iura novit curia* en este caso, puede ser entendida como regla y como principio. Así: “Permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Ejemplo de lo primero es (al menos en el Derecho español) el principio de jerarquía normativa (En el artículo 9.3 de la Constitución). De lo segundo, el principio del legislador racional que, aun sin estar formulado explícitamente en nuestro Derecho, es utilizado en numerosas ocasiones por los juristas teóricos o prácticos por ejemplo, para defender que una norma debe interpretarse de una determinada manera (pues solo así podría sostenerse que el legislador persiguió algún propósito racional al dictarla”⁶⁸

También se justifica el aforismo desde una perspectiva teórica, afirmándose que si el juez es el representante del Estado en un proceso, y éste (Estado) es el creador de la norma jurídica, entonces no debe dudarse que su representante -el Juez- es la persona más indicada para identificar y aplicar la norma correcta. En el derecho peruano se ha presentado una situación singular. El aforismo reaparece –aunque con muchas distorsiones- en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984, es decir, no en un ordenamiento procesal sino en uno material. Se desconoce una situación similar en la legislación comparada, sobre todo, advirtiéndose que se trata de una norma cuyo ámbito de

⁶⁷EZQUIAGANA GANUZAS, Francisco Javier. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: LexNova, 2000, p. 189.

⁶⁸ ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan. *Marxismo y filosofía del Derecho*. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 26.

aplicación está dado única y exclusivamente por el proceso, siendo por tanto una típica norma procesal⁶⁹.

3.8 Principio de Gratuidad.

El acceso a la justicia implica el hecho que las personas puedan hacer valer sus derechos y/o resolver sus disputas, bajo los auspicios del Estado. Es en esta línea que CAPPELLETTI Y GARTH sostiene que todo Estado debe orientarse a contar con un sistema accesible para todos; y que brinde resultados individual y socialmente justos. El derecho a un acceso efectivo a la justicia se reconoce, cada vez más, como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva.⁷⁰

El principio de gratuidad en la actuación del demandante significa que no debe resultar onerosa ninguna actuación procesal para el que se dice agraviado en su derecho constitucional o para el que se dice perjudicado por una norma inconstitucional, ilegal o simplemente por la renuencia de un funcionario a acatar una norma o cumplir con un acto administrativo firme⁷¹.

Este principio está ligado a la idea del libre acceso de los justiciables al órgano jurisdiccional, sin embargo, la desigualdad económica de las personas, la lejanía geográfica de las sedes judiciales, los patrones culturales y lingüísticos, constituyen los principales obstáculos para un efectivo acceso a la justicia. Frente a ellos decimos que el desequilibrio económico de los litigantes, va a permitir ventajas o desventajas estratégicas en los litigios, puesto que las personas que posean mejores recursos financieros podrán darse el lujo de iniciar un litigio y soportar los retrasos de este, si

⁶⁹MONROY GÁVEZ. Juan., *op. cit.*, p. 44

⁷⁰CAPPELLETTI Mauro y BRYANT Garth. *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial parahacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 9-10.

⁷¹ CASTILLO CORDOVA. Luís. “Los Principios Procesales en el Código procesal Constitucional”. Disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2066/Principios_procesales_Codigo_procesal_constitucional.pdf?sequence=1, 2005, p. 05

así fuere la estrategia trazada. Para permitir el equilibrio entre los justiciables, no solo para el acceso sino para la permanencia en el proceso, se ha optado por asistir a las partes económicamente débiles a través de la figura procesal del auxilio judicial; a pesar de ello, este postulado en la realidad no es viable porque nunca son suficientes los mecanismos que crea el Estado para tal efecto, en tanto este propicie y mantenga la desigualdad económica entre los hombres. De ahí que, este principio aparezca como un ideal, pues, la realidad nos dice que el proceso civil sigue siendo costoso y el ciudadano solamente tiene real acceso a la justicia, si dispone de suficientes medios económicos. Bajo esa óptica resulta declarativo la gratuidad de la administración de justicia y la defensa gratuita para las personas de escasos recursos que regula el artículo 139 inciso 16 de la Constitución Política, pues, consideramos que existe un acceso a la justicia igualitaria de derecho más no de hecho.⁷²

La principal consecuencia de este principio es el no pago de las tasas para acceder al aparato judicial, es decir, de las costas que se puedan establecer por las disposiciones administrativas del Poder Judicial. De otra forma se estarían alentando situaciones de verdadera injusticia y desigualdad material.⁷³

3.9 Principio de vinculación y formalidad.

Por el Principio de vinculación, se hace referencia a la naturaleza de las normas que rigen la relación jurídica procesal que surge en un proceso, dichas normas al ser de orden público, deberán ser obligatoria e ineludiblemente observadas por las partes, salvo regulación permisiva en contrario.

A su vez, el principio de elasticidad fija el cumplimiento de las formalidades que establece las normas procesales para la validez de los actos procesales. En ese sentido, las partes deberán cumplir tales formalidades, sin embargo, la norma ha previsto la posibilidad que el juez adecue dichas formalidades al fin del proceso.

⁷² Vid. <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/j.pdf>. Con acceso [17 de febrero de 2017]

⁷³ CASTILLO CORDOVA. Luís., *op. cit.*, p.5

Ambos principios se encuentran regulados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

3.10 Principio de doble instancia.

En nuestro ordenamiento jurídico, el proceso judicial se divide en dos instancias; sin embargo constitucionalmente el legislador solo hace referencia de manera general a una pluralidad de instancia de conformidad con el inciso 6 del Artículo 139° de la Constitución Política del Perú⁷⁴, lo cual se concretiza en doble instancia de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil⁷⁵. En este sentido, por el referido principio se atribuye competencia a un órgano jurisdiccional para que dirima el conflicto en primera instancia, y a otro órgano la función de revisar el fallo en segunda instancia. Es en esta distinción donde reside el principio de doble instancia o doble grado de jurisdicción.

En efecto, en virtud del principio de doble instancia, los órganos jurisdiccionales, con poderes y límites específicamente determinados por el Derecho Procesal objetivo, pueden volver a examinar el producto de la actividad de los órganos jurisdiccionales de primer grado⁷⁶.

Este principio presta seguridad y garantía a los litigantes, para evitar errores judiciales y las conductas dolosas o culposas de los jueces de primera instancia, en la emisión de las resoluciones judiciales y así mismo, se arguye que la revisión por el superior concede la posibilidad concreta de subsanar los errores procesales. Esto se hace viable, según nuestra normatividad procesal, a través

⁷⁴ **Inciso 6 del Artículo 139° de la Constitución Política del Perú**

Artículo 139.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 6. La pluralidad de instancia.

⁷⁵ **Artículo X del Título Preliminar del Código Procesal Civil**

Artículo X.- “El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta”

⁷⁶ NUÑEZ DEL PRADO CHAVEZ. Fabio. “Desmitificando mitos: Análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano”. En *Themis*, N° 66, p. 395.

del recurso de apelación, y en algunos casos a través del recurso de revisión⁷⁷.

Cabe precisar, que normativamente se ha estipulado dos instancias en los procesos civiles, no obstante en la práctica se está configurando el recurso extraordinario de casación como una tercera instancia.

4. Clasificación de los sistemas procesales.

Existe acuerdo entre los tratadistas, en clasificar tradicionalmente los diferentes sistemas procesales -según la importancia otorgada a determinados principios procesales- en dispositivo e inquisitivo.

Si queremos definir el proceso a partir del dispositivo diremos que es “el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. Y no otra cosa”⁷⁸.

En el sistema dispositivo, los protagonistas son los titulares de los derechos en juego, los que, como tales, pueden “disponer” de ellos conforme sea su interés y fue por largo tiempo la forma de resolver el conflicto intersubjetivo en el mundo occidental.

Por su parte el sistema inquisitivo es opuesto, tuvo su origen en la inquisición medieval que se organizó a comienzos del siglo XIII para la investigación y represión de determinados delitos contra la religión, especialmente la herejía. Sus rasgos esenciales son los siguientes⁷⁹:

- La actividad jurisdiccional deja de ser rogada, vale decir, provocada únicamente por la víctima o sus parientes, pudiendo iniciarse por cualquier persona *per denuntiationem* –vale decir, por denuncia, incluso anónima– o de oficio –esto es, *per*

⁷⁷ MONTOYA ALARCON, Roberto. “Los principios de la Constitución Peruana”. Disponible en <https://elblogdederecho.files.wordpress.com/2012/10/los-principios-de-la-constitucion-peruana-debido-proceso.pdf>. con acceso [05 de noviembre de 2016]

⁷⁸ ALVARADO, Adolfo. *Sistema Procesal. Garantía de Libertad*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, vol. I, pp. 41-43.

⁷⁹ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “Sistemas procesales e ideologías”. En *Derecho y Humanidades*. N° 17, 2011, p. 17-18

inquisitionem– por el propio tribunal en caso de existir rumor público acerca de la ocurrencia del delito.

- El eje central del sistema es la investigación –*inquisitio*–, esto es, la búsqueda de la verdad histórica o material.
- Coherentemente con lo anterior, la producción de prueba pasa a manos del juez, que se transforma en “inquisidor” o “instructor”, esto es, en buscador activo de la verdad produciéndose así una confusión de roles entre acusador y juzgador.
- “Dado que la Inquisición sólo detenía sospechosos tras de que las pruebas contra ellos parecieran concluyentes y hubieran sido aprobadas por los calificadores, la víctima era tenida por culpable desde el principio y sobre ella recaía la responsabilidad de probar su propia inocencia”.
- “La única tarea de la Inquisición era obtener de su prisionero un reconocimiento de su culpabilidad y una sumisión penitente”. Se busca reconciliar al pecador con la Iglesia, la confesión, incluso bajo tormento, se transforma en la reina de las pruebas –*probatio probatissima*– y en finalidad del procedimiento.

En materia civil, en cambio, el sistema procesal se configuró cabalmente sobre el principio dispositivo. Habida cuenta que el conflicto que debe remediar el proceso civil opone intereses puramente privados, el poder público –representado por el juez– debe abstenerse de cualquiera intromisión hasta el momento de dictar sentencia, que es su único cometido. Las partes son dueñas tanto de los derechos sustantivos en juego como de los procesales y, por ende, tienen completa libertad disposición sobre los mismos. Así, las partes pueden libremente disponer del inicio y objeto del proceso; del material probatorio y del impulso procesal⁸⁰.

II. La Prueba.

2.1 El derecho de prueba o derecho a probar

Hablar de derecho de prueba, no es otra cosa que la vinculación del derecho subjetivo con la prueba en el proceso, y es por este motivo que la doctrina procesal, hoy en día va más allá del

⁸⁰ PALAVECINO CÁCERES, Claudio. “Sistemas procesales e ideologías”, *op. cit.*, p. 20

estudio de la mera carga de probar o de la actividad probatoria; sino que, concibe a la prueba como un derecho que le asiste a todo sujeto de derecho y que “lo ejercita en un proceso o procedimiento para defender sus alegaciones o en el ejercicio de su defensa, siendo considerado como un elemento del debido proceso”⁸¹.

Si queremos hallar este derecho, vemos que no lo podemos encontrar expresamente en nuestra Constitución, pero si en el Código procesal constitucional como contenido esencial del principio a la tutela jurisdiccional efectiva. Sobre este derecho HURTADO REYES sostiene: “El derecho subjetivo a la prueba está estrechamente asociado al proceso y tiene la misma jerarquía y naturaleza que el derecho de acción, el derecho de contradicción, el derecho a un debido proceso y el derecho de impugnación. Es decir, se trata de un derecho fundamental de un derecho humano y que corresponde a todo sujeto de derecho que interviene en un proceso judicial o en cualquier otro procedimiento, sea como demandante, demandado o tercero legitimado”⁸².

Por su parte BUSTAMANTE ALARCÓN ha sostenido la tesis del derecho a probar, señalando que es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que tiene todo sujeto de derecho por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento en que el que interviene o participa, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenidos a todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa⁸³.

MONTERO AROCA respecto a este tema considera que el derecho a la prueba es un verdadero derecho subjetivo, de contenido procesal y de rango fundamental, sin perjuicio de que se trate de un derecho de configuración legal. Cuando se dice que el

⁸¹ Vid Casación N° 2284-03-Lima, publicada en el Diario Oficial EL Peruano el 30 de septiembre de 2004

⁸² HURTADO REYES. Martín. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Idemsa, 2009, p. 528.

⁸³ BUSTAMANTE ALARCON. Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En *Estudios de Derecho procesal*. Lima: Editorial ARA, 1997, p. 65.

derecho a la prueba es uno de configuración legal lo que se está diciendo realmente es que no se trata de un derecho limitado, puesto que el mismo debe conformarse por el legislador ordinario, de modo que éste ha de entender a su configuración tanto desde una perspectiva propia de la función de la prueba en el proceso, los que se han llamado requisitos intrínsecos de la prueba (pertinencia, utilidad, licitud), como desde otra relativa a las circunstancias del tiempo y de la forma que regulan la prueba, que son los que se han llamado requisitos extrínsecos (sujeción a la realidad procesal)⁸⁴.

2.2 Concepto de Prueba

Empezaremos con el concepto de prueba, la cual puede ser definida como el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo. La prueba en un proceso judicial se origina a partir de un conjunto de actuaciones (prueba como actividad); se apoya en los elementos que se aportan a la causa (prueba como medio); y se dirige a la obtención de una conclusión sobre los hechos por parte del juzgador (prueba como resultado).

De lo mencionado se deduce que la prueba procesal pueda ser descrita como una actividad racional tendiente a aprehender y reconstruir los hechos efectivamente acaecidos⁸⁵. Por su parte los medios de prueba pueden ser entendidos como los antecedentes en los que se apoya la dinámica probatoria. Así, los medios son definidos como “toda cosa, hecho o acto que sirve por sí solo para demostrar la verdad o falsedad de una proposición formulada en juicio”⁸⁶.

El derecho a la Prueba, tal como lo ha definido el Tribunal Constitucional⁸⁷, es la facultad que ostentan los justiciables para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de otorgar

⁸⁴ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Editorial Thompson – Civitas, 2005, p. 205.

⁸⁵ MENESES PACHECO. Claudio. “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”. En *Revista Ius et praxis*, Año 14, N° 2, p. 48

⁸⁶ *Ibidem*

⁸⁷ Exp. 01557-2012-PHC/TC, 04 DE JUNIO DE 2012,f.j. 2

certeza al juez de sus argumentos que han presentado en el proceso. En ese sentido el Tribunal, preciso que el referido derecho forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva, así mismo, se considera que es un derecho complejo dada la composición de su contenido, delimitando el mismo:

- a) Derecho a ofrecer las pruebas
- b) Derecho a que se admitan las pruebas y estas sean actuadas
- c) Derecho a asegurar la conservación de las pruebas
- d) Derecho a impugnar las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación de estas
- e) Derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas.

Para HINOSTROZA MINGUES la prueba en sentido amplio puede ser entendida como aquel medio útil para dar a conocer algún hecho circunstancia. A través de ella adquiere el juez el conocimiento de la realidad y no de las afirmaciones de las partes que bien pueden ser expresadas sin que estén acompañadas de prueba alguna que las sustente. Subjetivamente la prueba puede ser definida atendiendo a sus consideraciones sobre su resultado como el convencimiento o certeza generada con ella en el magistrado de la verdad de los hechos que se exponen en juicio. Se asegura que un hecho está probado al haber quedado demostrado con suficiencia como veraz. Se advierte que permanecen ligados el concepto de prueba y los medios empleados para su aporte al proceso, así como el objetivo o propósito de ella⁸⁸.

En el mismo sentido, el jurista sostiene en sentido estricto que la prueba puede ser definida como aquellas razones extraídas de los medios ofrecidos, que en su conjunto, dan a conocer los hechos o la realidad a efecto de resolver la cuestión controvertida o el asunto ventilado en un proceso⁸⁹.

Ahora, conforme a la doctrina la prueba es definida por ABELENDA como "...la demostración por alguno de los medios

⁸⁸ HINOSTROZA MINGUEZ. Alberto. *La prueba en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 12

⁸⁹ HINOSTROZA MINGUEZ. Alberto. *La prueba en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 12

que la ley establece, de la existencia o inexistencia, verdad o falsedad, de un hecho del cual depende el nacimiento, la conservación, la transformación o la extinción de un derecho o de un deber a los fines de su reconocimiento y amparo”. A su vez, VARELA, considera que “puede considerarse a la prueba judicial como referida a los medios de prueba de que se valen las partes o el juez para lograr el ánimo convictivo determinante de una decisión en el proceso”. Por último, DEVIS ECHEANDÍA se ha formado el siguiente juicio de la prueba: “entendemos por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesen en el proceso”.

2.3 Finalidad de la Prueba.

En la doctrina actual existe una controversia con respecto a la finalidad de la prueba, ella se reduce de los siguientes postulados⁹⁰:

- a) La prueba busca la verdad de los hechos del proceso (llamada tesis del cognitivismo), o
- b) La prueba busca lograr la convicción del juez para que resuelva el conflicto admitiendo las posturas de la parte que logró convencerlo (conocida como la concepción persuasiva).
- c) La prueba busca determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos (conocida como fijación de los hechos). Aunque conviene advertir que el mayor debate se ha centrado en las dos primeras tesis.

Estas tres posturas, nos inclina a señalar que las partes, con la prueba busquen en principio se determine la verdad de los hechos propuestos en la *causa pretendi*, pero no la verdad en sentido absoluto, el juez deberá aplicar con relación a la prueba las afirmaciones de las partes y sus negaciones y contrastando el material probatorio, determinando que hechos son verdaderos y cuáles no lo son, logrando así establecer la verdad.

⁹⁰HURTADO REYES. Martín. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, op., cit., p. 541

Es en este sentido que DEVIS ECHANDÍA⁹¹, sostienen que no es admisible considerar como fin de la prueba el obtener la verosimilitud del hecho. Por otra parte, al tener la prueba un destinatario, el juez, las partes con la prueba buscan crear convicción en otro sujeto, su objeto es la búsqueda del convencimiento en un tercero imparcial respecto de los hecho del proceso, busca convencer al juez de que éstos corresponden a la realidad, con lo cual tenemos que la prueba igualmente busca la convicción, convencimiento a quien tiene en sus manos la resolución del conflicto, convencer al juez de lo que sostenemos es verdadero e importante en el proceso, pues él quién debe decidir cuál de las partes le corresponde la razón del proceso.⁹²

Con relación a estas posturas consideramos que no son contradictorias en el sentido de que lograr la verdad de los hechos y crear convicción en el juez, son los dos elementos sustanciales y que coexisten en el proceso.

2.4 Iter Probatorio

Desde una perspectiva procesal, los elementos aportados por la partes a fin de crear convicción en el juez sobre los argumentos que sustentan su pretensión, van tomando diferente denominación de acuerdo al grado de certeza que puedan generar a lo largo del *iter* procesal, es así que surge los términos medios de prueba, fuentes de prueba y prueba, no obstante en la práctica se suelen utilizar de manera indistinta. A lo cual, debemos precisar que los mencionados términos son distintos entre sí, y sin ánimos de entrar en la discusión conceptual de los mismos, proporcionaremos el concepto de cada uno de ellos, que los hará distinguir en el proceso.

Por medios probatorios o medios de prueba comprendemos todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, juez y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento fuentes de prueba. Son ejemplos de medios de prueba: los documentos, la declaración de

⁹¹HURTADO REYES. Martín. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, op., cit., p. 542

⁹²*Ibidem*

parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, los dictámenes periciales, etc. Por otro lado, fuentes de prueba significamos todos aquellos hechos (en sentido jurídico amplio como objetos, acontecimientos y conductas) que se incorporan al proceso o procedimiento a través de los diversos medios de prueba, a partir de los cuales el juzgador puede encontrar o no la prueba de otros hechos (como por ejemplo, las huellas dactilares que se descubren por medio de una pericia y acreditan quién cometió el delito), o de ellos mismos (como la escritura pública que acredita su propia existencia), que son objeto o materia de prueba⁹³.

En ese sentido, podemos precisar, que conocemos como **medios de prueba** a todos aquellos instrumentos aportados en la demanda y/o contestación de demanda (y en su caso, con la reconvencción y su contestación), a fin de sustentar la pretensión materia de conflicto, los cuales en un primer momento no causan convicción en el juez en la medida que no son calificados ni valorados solo y únicamente son ofrecidos por las partes, ello se da en la etapa postularia del proceso.

Por otro lado, se entiende como **fuentes de prueba** a los medios de prueba que son válidamente admitidos en el proceso para su valoración, es aquí donde se evalúa su pertinencia, utilidad y licitud, generando una presunción del valor probatorio al Juez. Así el Tribunal Constitucional, sostiene que el derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho a la prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, oportunos, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos [STC6712-2005-HC/TC].

Por **prueba** definimos a las fuentes de prueba que una vez valorados por el órgano jurisdiccional, producen certeza sobre los

⁹³ BUSTAMAN ALARCÓN. Reynaldo. “El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva procesal constitucional”. En *Themis* N°43, 2001, pp. 137-158.

hechos materia de controversia, sustentando con ello el sentido de su decisión.

III. Medios Probatorios

1. Concepto y finalidad de los medios probatorios.

Tal y como se menciona en el acápite anterior, se define los medios probatorios como todo aquel instrumento o elemento aportado por las partes dentro de un proceso.

La finalidad de los medios de prueba se centra en acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Y es bajo esta perspectiva que el Tribunal Constitucional ha mencionado que una de las garantías que asiste a las partes en el proceso (en general) es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador que sus enunciados fácticos son los correctos. De esta manera si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, no se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva. El derecho a la prueba implica la posibilidad de postular, dentro de los límites, los alcances que la ley reconoce, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor [STC6712-2005-HC/TC].

2. Clases.

El Código procesal civil clasifica los medios probatorios en típicos y atípicos. Son típicos los enumerados en el artículo 192 la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos, la pericia y la inspección judicial. Según el artículo 193, los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos por el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permiten lograr la finalidad de los medios probatorios, los que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.⁹⁴

⁹⁴ RODRIGUEZ DOMINGUEZ. Elvito. *Manual de derecho procesal civil*. Lima: Ed. Grijley, 2005, p. 108.

Esta disposición es de gran importancia, porque permite aprovechar, en materia probatoria, los adelantos técnicos y científicos; y resuelve el problema doctrinario planteado acerca de si el juez solamente debe admitir los medios probatorios señalados por ley o admitir otros no previstos, pero que resulten de valiosa utilidad.⁹⁵

COUTURE concluye que el proceso no puede ser ajeno al proceso técnico y científico, por lo que considera que la enumeración de los medios probatorios contenida en los Códigos es enunciativa y no taxativa⁹⁶.

La etapa pertinente para el ofrecimiento de medios probatorios es la postulatoria, en ella el demandante podrá ofrecer de los medios probatorios que estime sustentan sus pruebas, los que deberá acompañar a su escrito de demanda, mientras que lo propio podrá hacer el emplazado en su contestación, contando las partes con la posibilidad de cuestionar los ofrecidos por su contrario, ejercitando así su derecho de defensa.

En los procesos arbitrales a diferencia de los procesos civiles, no existen etapas y/o fases de carácter preclusivos, ya que al ser procesos que son regulados por la libre voluntad de las partes o de ser el caso sometidos voluntariamente al reglamento propio de los centros arbitrales (principio de libre regulación), estos fijan sus propias reglas en base de la flexibilidad e informalidad que caracteriza a los arbitrajes.

Tomando como referencia el artículo 43° del Decreto Legislativo N°1071- Decreto que norma el Arbitraje en el Perú⁹⁷, podemos verificar la facultad que se le reconoce al Tribunal

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ COUTURE., *op. cit.*, p. 260-263

⁹⁷ Decreto Legislativo N°1071

Artículo 43.- Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.
2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Arbitral de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valoración de los medios probatorios, así mismo estos podrán en cualquier momento ordenar a las partes la presentación o actuación de la pruebas que estime conveniente, es decir no fijan etapas. Al igual que en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima⁹⁸ se resalta la flexibilidad e informalidad de etapas, al facultar a las partes en modificar y/o ampliar su demanda o contestación, incluso formular nuevas pretensiones, poniendo como límite que aquellas pretensiones se encuentren prevista en el marco del convenio arbitral, así mismo, el Tribunal Arbitral deberá evaluar la pertinencia, siendo que ello no afecte la celeridad propia del arbitraje.

A diferencia de lo anteriormente expuesto, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Universidad Pontificia Católica del Perú prevé procedimentalmente mayor formalismo estableciendo audiencias preestablecidas, así en su inciso d) artículo 49° establecen que finalizada la etapa probatoria no podrán las partes ofrecer nuevos medios probatorios, salvo que lo disponga el Tribunal Arbitral.⁹⁹

Con relación a la clasificación de los medios probatorios, los podemos dividir en medios típicos y atípicos. Son medios de prueba típicos (Art. 192° del Código procesal civil):

⁹⁸ Reglamento del Centro de Arbitraje – Cámara de Comercio de Lima.

Artículo 25°.-Modificación de la demanda y contestación de demanda.

1. En el transcurso de las actuaciones, cualquiera de las partes puede modificar o ampliar su demanda o contestación, incluso formular nuevas pretensiones, a menos que el Tribunal Arbitral considere que es inapropiado permitirlo en razón de la demora de la parte en hacerlo, del perjuicio que cause a las otras partes dado el estado del arbitraje o de cualquier otra circunstancia que estime relevante.
2. En todo caso, una parte no puede modificar o ampliar una demanda o contestación si dicha modificación o ampliación esta fuera del alcance del convenio o de los convenios arbitrales.

⁹⁹ Reglamento de Arbitraje – Centro de Arbitraje Universidad Pontificia Católica del Perú

Pruebas

Artículo 49°.- (...)

d) Finalizada la etapa probatoria no podrán presentarse medios probatorios adicionales, salvo los medios probatorios de oficio.

- a) La declaración de parte.
Se suele denominar testimonio a la declaración de terceros y calificar de confesión a la declaración de partes. Por uno de los actos procesales que emanan de las partes es su propia declaración. Se suele confundir la declaración de parte con la confesión, pero es indispensable separar las dos nociones, pues la primera es el género y la segunda una de las especies; es decir, que toda confesión es una declaración de parte, pero ésta puede contener o no una confesión.¹⁰⁰

De conformidad con el artículo 213 del Código Procesal Civil, las partes pueden pedirse recíprocamente su declaración sobre hechos o información que sea materia de conflicto o de hecho vinculados.

- b) La declaración de testigos.
Toda persona capaz, que haya presenciado un acto o hecho, tiene el deber de presentar su testimonio de lo acontecido, salvo que hubiera un impedimento, figura regulada en el artículo 222 y siguientes.
- c) Los documentos.
Todo documento o escrito que sirva para acreditar un hecho, estos documentos pueden ser públicos o privados, fotocopia, planos dibujos, fotografías, cintas cinematográficas, entre otros de similar naturaleza, regulado en el artículo 233 del Código Procesal Civil y siguientes.

En la valoración de la prueba documental es necesario efectuar dos operaciones diferentes y sucesivas en el tiempo. Conforme a SERRA DOMÍNGUEZ¹⁰¹ la verificación documental, esto es, la prueba de la autenticidad del documento, y acto seguido, la atribución de su eficacia probatoria, distinguiendo la eficacia probatoria común a todo

¹⁰⁰ DEVIS ECHANDIA. Hernando. *Teoría General de la prueba judicial*. T.I. Buenos Aires: Victor de Zavalía, 1971, p. 568.

¹⁰¹SERRA DOMÍNGUEZ, M. "La prueba documental". En ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (coord.). *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*. Ed. Dijusa, Barcelona, 2000, pp.256-261 y 262-268.

documento, la eficacia probatoria privilegiada del documento público y la eficacia del documento privado no impugnado.

Así, a la prueba documental propiamente dicha o prueba por el documento, ha de preceder la prueba de la autenticidad del documento.¹⁰² Por tanto, La verificación documental consiste en la determinación de la autoría del documento, esto es, que ha sido formado por la persona a quien se atribuye su autoría.

El documento público, en la medida en que en su autor es un funcionario público, goza de una presunción de autenticidad y la parte que impugna deberá acreditar su falta de autenticidad, a cuyo efecto deberá solicitar un cotejo o comprobación, normalmente circunscrito a verificar si la copia aportada del documento público coincide con la matriz. La impugnación de la autenticidad del documento público es poco frecuente, como también lo es que tal verificación ofrezca un resultado negativo. Por el contrario, resulta más habitual la impugnación del documento privado, en cuyo caso, y al no gozar de la presunción de autenticidad del documento público, la parte aportante del documento –no la parte impugnante- deberá acreditar su autenticidad, a cuyo efecto podrá solicitar el cotejo pericial de letras o cualquier otro medio pertinente al efecto. Acreditada la autenticidad, se identifica su fuerza probatoria con la del documento público.¹⁰³

d) La pericia.

Es tipo de medio probatorio se requiere la intervención de un tercero con conocimientos especiales sean técnicos, científicos, entre otros, que coadyuven a la observación de los hechos controvertidos, conforme lo establece el Artículo 262 del Código Procesal Civil.

¹⁰² SERRA DOMÍNGUEZ, M., *op. cit.*, p. 256

¹⁰³ Vid. <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>. Con acceso 21 de febrero de 2017

- e) La inspección judicial.
De acuerdo al Artículo 272 del Código Procesal Civil, las inspecciones judiciales proceden cuando el Juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos.
Y son atípicos aquellos no previstos en el Artículo 192° y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el Juez disponga.

CAPITULO II PROCESO ARBITRAL

I. El proceso arbitral

1. Nociones generales

El arbitraje es definido, según DIEZ-PICAZO¹⁰⁴, como «aquella institución consistente en que dos o más personas pactan entre sí que un tercero resuelva un litigio ya surgido o que pueda surgir entre ellas, excluyendo que los tribunales conozcan del mismo». GÓMEZ COLOMER¹⁰⁵ señala que: [...] es una institución jurídica hetero compositiva, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediando convenio, resuelve en base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídico, en caso de ser la materia susceptible de disposición por las personas afectadas por la discrepancia”.

Históricamente, el arbitraje tiene un origen muy remoto e incluso puede afirmarse que es la primera forma de administrar justicia. En este sentido, existen relatos griegos que narran que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes. Asimismo, en épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la costumbre era la que regía las relaciones entre

¹⁰⁴ DIEZ PICAZO. Ignacio. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Ed. Ramón Areces, 2000, p. 574

¹⁰⁵ GOMEZ COLOMER. Juan. *Derecho Jurisdiccional*. V. II. Barcelona: Bosch, 1995, p. 843

particulares, la misma que aconsejaba, como sistema más conveniente en caso de conflicto entre éstos, que la solución sea determinada por un tercero imparcial, amigo de las partes.¹⁰⁶

La administración de justicia -en sentido lato- aparece así como una de las herramientas de que se han valido inicialmente las sociedades para dominar los conflictos y permitir la convivencia de sus miembros, haciendo intervenir a un tercero para resolverlos pacíficamente. Es prueba de ello que la existencia de jueces es preexistente aún a la formación de normas jurídicas; la primera preocupación de los hombres fue la formación de tribunales de justicia. El arbitraje existe un tercero imparcial que emite un veredicto sobre dos pretensiones controvertidas; es un sistema en el que la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares. A él se llega generalmente en forma voluntaria, a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a resolución de árbitros en lugar de acudir a los jueces.

Ello no vulnera la garantía constitucional del juez natural, ya que si bien la Constitución Nacional organiza los tribunales estatales como el medio natural de administrar soluciones a los litigios que se susciten entre particulares, o entre particulares y el Estado, las garantías y principios que emanan de los arts. 17 y 19 permiten dejar de lado ese medio, recurriéndose a otros que operan como fórmulas alternativas. Es el propio Estado quien admite la asunción de facultades jurisdiccionales por particulares a través del arbitraje: las partes pueden voluntariamente excluir respecto de ciertos casos la jurisdicción judicial¹⁰⁷.

Además de ello, el Estado reconoce a las decisiones arbitrales el valor de la cosa juzgada, habilitando para su ejecución los procedimientos de ejecución de sentencias judiciales. Los árbitros carecen del *imperium* propio de los magistrados estatales, pero ello no significa un menoscabo a su jurisdicción, ya que el ordenamiento establece la obligación de los jueces de prestarles auxilio. No concede a

¹⁰⁶ CASTILLO FREYRE. Mario. “Orígenes del arbitraje”. En *Arbitraje y debido proceso*. Disponible en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol2.pdf>. [con acceso el 22 de noviembre de 2016]

¹⁰⁷ CAIVANO Roque. “El arbitraje: Nociones Introdutorias”. Disponible en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>. Con acceso [22 de noviembre de 2016]

los árbitros la potestad de ejercer por sí la coerción necesaria para hacer cumplir sus decisiones, pero pone a su disposición el aparato jurisdiccional público a través del cual podrán obtenerla.

En doctrina arbitral existe un debate aún inconcluso relativo a la naturaleza jurídica del arbitraje. Esta discusión ha generado la formulación de diversas teorías, entre las que podemos mencionar a la teoría contractual, la teoría jurisdiccionalista y la teoría mixta. SOTO COAGUILA¹⁰⁸.nos informa:

La tesis contractualista atribuye naturaleza contractual al arbitraje, pues considera que el laudo emitido por el árbitro es el resultado de un contrato de mandato celebrado con las partes. Para la teoría jurisdiccionalista, el estado, único ente con poder para conocer y fallar en un determinado asunto en armonía con el ordenamiento jurídico, delega esta potestad en los árbitros para que diriman la controversia, porque el estado y no las partes, los autoriza para ello. Finalmente, la teoría mixta o ecléctica combina elementos de las dos tesis anteriores y concluye que el arbitraje tiene naturaleza jurídica propia.

El constituyente de 1993 optó por la teoría jurisdiccionalista. Así, el artículo 139¹⁰⁹, inciso 1, de nuestra carta política contempla una excepción al principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, reconociendo al fuera arbitral, no como una jurisdicción independiente sino como una manifestación de la ésta.

Sobre la base de esta norma, el tribunal constitucional peruano se pronunció recientemente en lo relativo a la naturaleza jurídica del arbitraje. Al respecto, el máximo tribunal señaló que existe una sola jurisdicción como potestad emanada del pueblo, la que a su vez se manifiesta en distintas jurisdicciones, algunas de las cuales actúan fuera

¹⁰⁸ SOTO COAGUILA. Alberto. *EL Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima: Instituto peruano de Arbitraje, 2008, p. 05

¹⁰⁹ Constitución Política del Perú de 1993

Principios de la Administración de Justicia

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

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

del ámbito del poder judicial, como la jurisdicción militar, la electoral, la consuetudinaria y la arbitral. Refiriéndose al arbitraje, el tribunal constitucional reconoció que se trata de una jurisdicción de carácter privado, que goza de absoluta autonomía e independencia y que, como tal, debe verse protegida de cualquier intromisión proveniente del Poder Judicial, Ministerio Público u otras autoridades, incluidas las administrativas, para que los árbitros puedan cumplir a plenitud y sin interferencias su propósito de decir Derecho en el caso concreto y resolver los conflictos de interés que las partes han puesto en sus manos.¹¹⁰

Ahora con respecto al proceso arbitral, podremos señalar que en el mismo rige el principio de trato igualitario entre las partes. Este principio implica que durante todo el procedimientos arbitral, y no importando el paso o etapa que se trate, las partes deben enfrentarse el uno ante el otro, que no presente situaciones que beneficie a una de las partes u obstaculice a la otra. El tribunal no puede dar ventajas a una sola de las partes, esto supondría inequidad procesal, que no sólo desprestigiaría la institución procesal sino que viciaría el procedimiento al grado de poder llegar a la nulidad o no reconocimiento ni ejecución del laudo.¹¹¹

Y esto nos lleva a señalar que en el proceso arbitral, las partes tienen la posibilidad de aplicar el procedimiento que a ellos más les convenga, el procedimiento se rige por principios y reglas especiales distintas al proceso judicial, en vista a que sus normas operan bajo el amplio rango de la autonomía privada; de ahí que bajo este parámetro el arbitraje sea una forma de administración de justicia de suma aceptada.

¹¹⁰ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Grijley, Lima, 2005, N° 2, p. 17; ABANTO TORRES, Jaime David, “El Arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del Amparo contra laudos arbitrales”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Grijley, Lima, 2006, N° 3, p. 144; SOTO COAGUILA, Carlos A. “Al arbitraje se le respeta”, en: *Revista Legal Columnas*, Lima, Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman&LunaVictoria Abogados, Mayo-Junio, 2007, N° 147, pp. 22-23.

¹¹¹ GONZALES DE COSSIO. Francisco. *Arbitraje*. México D.F: Ed. Porrúa, 2001, p. 216

Como bien señala CAIVANO¹¹², la jurisdicción que detentan los árbitros está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de la libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares. En efecto, como sabemos, el sometimiento de un conflicto a arbitraje, supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes solo excepcionalmente, por motivos preestablecidos, podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo.

2. Revisión del Laudo Arbitral: Amparo y vías previas

Dentro de la anulación del laudo arbitral existe un principio de suma importancia que es el de irrevisabilidad del criterio arbitral; este principio contempla la prohibición al juzgador de pronunciarse sobre el fondo de la controversia que fue resuelta en el arbitraje, esto implica el nivel de control constitucional del mismo, en los sistemas jurídicos en los que éste es posible.

La voluntad de las partes, manifestada en el convenio arbitral, de renunciar a la jurisdicción estatal y someterse a la competencia de los árbitros para la solución del conflicto, carecería absolutamente de sentido si después de dictado el laudo, se permitiera que, al conocer el recurso de anulación, los jueces pudieran analizar el fondo de la controversia resuelta en el arbitraje. Ello, en buena cuenta, implicaría facilitar a la parte descontenta con la decisión del árbitro, un medio para evadir por la vía indirecta el llamado efecto negativo del convenio arbitral, cuyo respeto, en términos generales, se encuentra garantizado en la vía directa¹¹³.

De este modo, si por ejemplo, en un proceso ordinario de arbitraje llevado a cabo para debatir una pretensión de responsabilidad contractual producto de un contrato de servicios profesionales, el árbitro o tribunal arbitral decidiera que el deudor desarrolló la prestación con la debida diligencia y cumpliendo con las reglas de su praxis, el juez revisor no podría revisar este criterio y declarar, al conocer el recurso de anulación,

¹¹² CAIVANO Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000, p. 67

¹¹³ ALVA NAVARRO, Esteban. *Arbitraje – Anulación de Laudo*. Lima: Ed. Palestra, 2011, p. 69

que la prestación fue realizada de forma negligente. Aun si tuviera razones para discrepar de la opinión del árbitro o árbitros en cuanto a la diligencia con que fue realizada la prestación, su labor está limitada a decidir la validez o invalidez del laudo en base a las causales establecidas normativamente, encontrándose impedido de reabrir el debate que ya fue resuelto en el arbitraje o enfrentar su criterio al asumido en él¹¹⁴.

Dentro de las excepciones de este principio, que a pesar de ser una regla incuestionable en nuestro país, posee límites y una de ellas es la revisión de la motivación o valoración probatoria realizada por los árbitros y este es motivo del denominado "...debido proceso arbitral, y dentro de él el derecho a la debida motivación de las resoluciones arbitrales, si bien no fue expresamente reconocido en nuestra legislación como justificación para la pretensión de nulidad de un laudo arbitral, sí fue reconocido a través de reiterados fallos tanto del Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, como motivo válido para ese tipo de pretensiones, creando en nuestro país una consistente línea jurisprudencial que reconoció el derecho de las partes a obtener laudos arbitrales motivados."¹¹⁵ No hay duda que se debe detener en la consagración del derecho a la motivación de las resoluciones como un componente más de la tutela ofrecida por el recurso de anulación.

Dentro de la protección del debido proceso y la posibilidad de que los jueces ordinarios revisen los laudos arbitrales, tenemos el caso Cantuarias Sentencia del (Tribunal Constitucional n.º 06167-2005-HC - caso Fernando Cantuarias Salaverry). Así, se señala: "Con ello consagra algo que será una constante en el razonamiento del Tribunal al respecto: el arbitraje constituirá un espacio jurisdiccional distinto y alternativo (no sustitutorio) al Poder Judicial, pero ello no le libera de tener que observar los principios constitucionales y el orden público constitucional vigentes (cuyo grado de cumplimiento, aunque no se dice, obviamente corresponde evaluar al Tribunal Constitucional) (fundamentos n.ºs 8 al 14).

¹¹⁴ ALVA NAVARRO, Esteban. Arbitraje – Anulación de Laudo, *op. cit.*, p. 70-71

¹¹⁵ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 234.

Aquello le permitirá al Tribunal, entre otros aspectos, establecer ciertos criterios para encuadrar el control constitucional de las resoluciones arbitrales (autonomía de la voluntad en sus dos vertientes (positiva y negativa), que lleva a un control a posteriori para apreciar si existe vulneración de la tutela procesal efectiva, o incumplimiento de la jurisprudencia constitucional y los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el tribunal; e interdicción de la arbitrariedad, que se traduce en la necesidad de una actuación respetuosa de los derechos, en general, y del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva en particular). En este sentido, se encuentra lo recogido entre los fundamentos N.º S. 15 al 22 de lo resuelto.”¹¹⁶

En la resolución del Tribunal Constitucional, conocida como caso Codisa¹¹⁷, la demanda de amparo presentada fue interpuesta antes de la entrada en vigor del Código procesal Constitucional por tanto, no existía regla constitucional que impusiera el agotamiento de alguna vía previa. La regla obliga al demandante, que pretende a través del amparo a cuestionar un laudo arbitral, al previo agotamiento de los recursos que la derogada Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572) contemplaba, entendiéndose a los recursos de apelación y anulación del laudo arbitral. El pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 142-2011-PA/TC, contiene las reglas que constituye precedente vinculante estableciendo que el recurso de anulación, previsto en el Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje y, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la derogada Ley General de Arbitraje, constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de los derechos fundamentales, lo que determina la improcedencia del amparo, de conformidad con el artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional; distinta a la regla que se reconoció a los casos anteriores, que subsumían su incumplimiento en la causal de improcedencia contemplada en el inciso 4 del artículo 5, es decir como vías previas.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha venido paulatinamente dando respuesta y estableciendo a través de precedentes vinculantes los supuestos de procedencia e improcedencia del proceso de

¹¹⁶ ALVA NAVARRO, Esteban. Arbitraje – Anulación de Laudo, *op. cit.*, p. 137.

¹¹⁷ Vid HAKANSSON NIETO. Carlos. “La constitucionalización de la jurisdicción arbitral” en CASTILLO FREYRE. Mario. *Arbitraje y Constitución*. Lima: Palestra, 2012, p. 170-171

amparo en materia arbitral. Tal es el caso de la Sentencia STC n.º 00142-2011-PA, caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia, mencionada en líneas anteriores en donde, de manera más explicativa se dio lugar porque se consideraba que la motivación del laudo arbitral era deficiente, dado que no se cumplía con fundamentar debidamente acerca de la supuesta existencia de incompatibilidad en la cláusula tercera de su contrato de cesión minera que regulaba el momento de inicio de una exploración minera.

El cambio más relevante del nuevo precedente es, precisamente, que los recursos judiciales para impugnar el laudo ante el Poder Judicial ya no son considerados una «vía previa», sino una auténtica «vía procedimental específica» en los términos del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha estimado «que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias, quien acuda al recurso de anulación del laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.»¹¹⁸

A su vez con respecto al caso CODISA Castillo Freyre sostiene: “En efecto, el agotamiento de las vías previas (en ese caso, el recurso de anulación) antes del control constitucional de un laudo, es un criterio interpretativo que el propio Tribunal Constitucional reiteró en el precedente vinculante (...) y que, sin embargo, de manera sorprendente, no siguió en el caso bajo comentario, olvidándose de que todos en el Perú estamos vinculados a los pronunciamientos que constituyen precedentes vinculantes que el Tribunal Constitucional emita; incluso, los propios magistrados del citado tribunal, en tanto —claro está— no sean modificados formalmente por este órgano de justicia, hecho que no se

¹¹⁸ BEAMOUNT CALLIRGOS. R. “El nuevo proceso de amparo arbitral: Sobre su aplicación temporal”. En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Ed. Palestra, 2012, pp 49-50.

produjo en el caso analizado. Dentro de tal orden de ideas, no encontramos sustento jurídico alguno que permita amparar la demanda de amparo de CODISA, en tanto no se agotaron las vías previas. Es decir, no estamos de acuerdo con el «carácter permisivo» al que se hacía referencia en los votos singulares que señalaban que, en virtud del principio de temporalidad y de la regla *pro actione*, se debía eximir a CODISA del agotamiento de las vías previas”.¹¹⁹

Y continúa el jurista: “En dichos votos se afirmaba —sorprendentemente— que « [...] la regla *pro actione* (...) obliga a presumir a favor de la continuidad del proceso en caso de duda o incertidumbre sobre el cumplimiento de las condiciones de procedibilidad de la demanda». Sin embargo, dichos votos parecían olvidar que —precisamente— la segunda disposición final del Código Procesal Constitucional establece la aplicación de normas procesales (como la del agotamiento de la vía previa) a los procesos en trámite; por lo que —en el presente caso— no existía duda o incertidumbre alguna respecto a la improcedencia de la demanda y, mucho menos, cuando la propia CODISA había acudido en forma paralela a un proceso de anulación de laudo. En consecuencia, a nuestro entender, el Tribunal Constitucional debió declarar improcedente la demanda de CODISA, habida cuenta de que no agotó la vía previa (que ella misma inició), a saber: el proceso de anulación de laudo arbitral.

II. Principios del Proceso Arbitral

a) Principio de no intervención judicial

Salvo disposición distinta de la propia Ley de Arbitraje o pacto en contrario de las partes, al existir un convenio arbitral o durante el desarrollo de un proceso arbitral, ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda.

¹¹⁹ CASTILLO FREYRE. M; SABROSO MINAYA. R. “Arbitraje y Amparo”. En *Arbitraje y Constitución., op.cit.*, p. 79.

ARANGÜENA FANEGO¹²⁰ señala que la regulación de la intervención de los órganos judiciales en el arbitraje es restrictiva, en lógica consonancia con la prevalencia de la autonomía de la voluntad de los sujetos en conflicto. Si los sujetos mediante la suscripción del convenio arbitral deciden someter una controversia a la decisión de los árbitros, excluyendo de este modo la vía jurisdiccional para su resolución, resultaría ilógico hacer intervenir de una forma notable a los órganos jurisdiccionales cuando precisamente los sujetos interesados han optado voluntariamente por su apartamiento.

El Tribunal Constitucional ha subrayado que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y a la decisión voluntaria de las partes, reiterando la protección del arbitraje por el principio de no interferencia, consagrado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política¹²¹.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional —con acertado criterio— ha reconocido la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas a su fuero, con independencia de la judicatura ordinaria. Es más, tratándose de materias de su competencia, el control judicial en materia arbitral debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación (si se hubiera pactado) y anulación del laudo; en tanto, el control constitucional deberá realizarse de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del Código Procesal Constitucional, no siendo procedentes los procesos constitucionales, cuando no se hubieran agotado las vías previas.¹²²

¹²⁰ARANGÜENA FANEGO, Coral. “Intervención Judicial”. En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, ed. Vicente Giularte Rodríguez. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 76

¹²¹ Sentencias recaídas en los expedientes N° 6167-2005-PHC/TC, N° 1567-2006-PA/TC, N° 7532-2006-PA/TC, N° 4195-2006-AA/TC y N° 0142-2011-AA/TC.

¹²²CASTILLO FREYRE. Mario; SABROSO MINAYA. Rita; CASTRO ZAPATA. Laura; CHIPANA CATALÁN. Joel. “Principios y derechos de la función arbitral”. En LEX N° 15 - AÑO XIII - 2015, p. 223

b) Independencia

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el concepto de independencia judicial. Creemos que dicha opinión también resulta aplicable al ámbito arbitral, en vista de que la propia Constitución otorga jurisdicción a ambas instituciones (cabe señalar que el artículo 139, inciso 1, también le otorga independencia a la jurisdicción militar). Así, pues, se ha señalado que¹²³:

[...] el principio de independencia [...] debe entenderse desde tres perspectivas a saber:

- a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.
- b) Como garantía operativa para la actuación del [árbitro] (independencia funcional), por conexión de los principios de reserva y exclusividad de su jurisdicción.
- c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia.

Es desde este sentido que RUBIO CORREA¹²⁴ señala que la independencia debe ser un escudo contra los posibles agentes de influencia: la política, los propios colegas del organismo jurisdiccional y los diversos interesados existentes en la sociedad. De todos ellos debe protegerse la decisión jurisdiccional; es desde esta perspectiva que JOSÉ MARIA ALONSO señala que “el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes-árbitro en un proceso arbitral”¹²⁵, además de afectar al proceso arbitral.

¹²³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 9 de junio de 2004 a través del expediente N° 0023-2003-AI-TC.

¹²⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, s/n

¹²⁵ ALONSO, José María, “El deber de revelación del árbitro”, en: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, Tomo 2. Lima: Magna Ediciones, 2009, p. 324.

c) **Imparcialidad**

Al igual que en el tema de la independencia, ni La Ley ni la jurisprudencia peruana brindan una definición de lo que debe entenderse por imparcialidad; sin embargo, se exige que el árbitro sea y se mantenga imparcial durante todo el arbitraje. La imparcialidad, según el Diccionario de la Lengua Española, es “la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”¹²⁶.

Así, para JOSÉ MARÍA ALONSO, la imparcialidad apunta a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea¹²⁷. En el mismo sentido, ROQUE CAIVANO advierte que “se alude, por un lado, a la condición natural -por ello imposible de erradicar- del ser humano, que lo conduce inevitablemente a formarse juicios previos de valor de las personas, situaciones o cosas, que lo hace permeable a sentimientos tales como simpatía o antipatía (...), precisamente por eso, debe reforzarse la idea de imparcialidad concebida como la capacidad de evitar que esos sentimientos influyan en su proceso de decisión”¹²⁸.

d) **Autonomía y *kompetenz-kompetenz***

El principio *kompetenz-kompetenz*, el mismo que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales, pretenda convocar la participación de jueces mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil, constitucional o penal; es conceptualizado como una manifestación del efecto positivo del convenio arbitral, pues establece el deber de los árbitros de pronunciarse sobre las materias sometidas a arbitraje.

¹²⁶Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición, 2001, T. II, p. 1252

¹²⁷ALONSO, José María, “El deber de revelación del árbitro”, *op. cit.*, p. 46

¹²⁸CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 2000. pp. 174-175

Conforme lo señala EDUARDO SILVA ROMERO, este principio “busca garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o la nulidad del contrato de arbitraje no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral”¹²⁹.

Ahora bien, a pesar que, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, los tribunales arbitrales pueden decidir positivamente a favor de su propia competencia, podría existir algún proceso civil sobre materia conexa a aquella que se venga discutiendo en el plano arbitral. Entendemos que los tribunales ordinarios no pueden discutir la competencia del tribunal arbitral para conocer la materia controvertida, lo que no implica que los tribunales ordinarios no puedan considerarse (ser) competentes para conocer materias conexas a la materia que está siendo controvertida en un tribunal arbitral.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado lo siguiente¹³⁰:

"(...) Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio «*kompetenz-kompetenz*» previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje -Ley N° 26572 [ley derogada]-, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial. Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la

¹²⁹ SOTO COAGUILA. Alberto. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”. Disponible en <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>. [con acceso 23 de noviembre de 2016], p. 22.

¹³⁰ Ver: STC N° 6167-2005-HC/TC de fecha 28 de febrero de 2006, Caso Fernando Cantuarias Salaverri.

tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional".

e) Principio de libertad de regulación

Una de las ventajas que posee el arbitraje es la libertad que se otorga a las partes para que determinen libremente las reglas del procedimiento arbitral y las reglas a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones. Sobre el particular, JULIO CESAR RIVERA sostiene que “la primera regla que debe aprehenderse para comprender el funcionamiento del procedimiento arbitral es que tiene como fuente primordial el acuerdo de las partes. Ellas han de determinar, de común acuerdo, las reglas a las que se sujetará el procedimiento”¹³¹.

Si las partes no han acordado las reglas en el convenio arbitral o el acta de misión (o el acta de instalación según la costumbre peruana), o no se han sometido a un reglamento arbitral, será el tribunal arbitral el encargado de decidir las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de que no exista disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria y, en el siguiente orden, las siguientes fuentes normativas: la Ley de Arbitraje, los principios arbitrales, los usos y costumbres¹³².

Pero de ninguna manera se considera una fuente normativa a las normas del Código Procesal Civil. Al respecto, la Ley es categórica al señalar que las disposiciones procesales de la Ley de Arbitraje prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil. En nuestra opinión, esta norma ayuda a comprender a muchos operadores jurídicos que no es lo mismo litigar en sede judicial que litigar en sede arbitral. Como se puede apreciar, la voluntad de las partes es la primera fuente normativa para determinar las reglas del arbitraje; sin embargo, las partes

¹³¹ RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. p. 314.

¹³² SOTO COAGUILA, Alberto. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”. Disponible en <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>. [con acceso 23 de noviembre de 2016], p. 29.

deben tener presente que su libertad contractual tiene como límites al orden público y las normas legales imperativas.¹³³

f) Principio de buena fe

Este principio no sólo se aplica al arbitraje sino que constituye un principio general del derecho. Según este principio, las partes tienen la obligación de comportarse de acuerdo al principio de la buena fe, esto es, a mantener una conducta idónea en todos los actos e intervenciones que realicen dentro del proceso arbitral. Asimismo, tienen la obligación de colaborar con el tribunal arbitral para el normal desarrollo del arbitraje¹³⁴.

g) Principio de contradicción

MERINO y CHILLÓN sostienen que el contradictorio desempeña un factor que posibilita el equilibrio entre los compromitentes. Este principio resulta necesario, ya que permite al árbitro llegar por el análisis profundo de las circunstancias y de las alegaciones de partes al conocimiento de la litis y a través de ella a la verdad material¹³⁵.

III. La prueba en el proceso arbitral

El proceso arbitral tiene una gran ventaja respecto al proceso judicial y es su mayor informalidad y su flexibilidad. La autonomía de las partes hace del arbitraje su creación salvo supuestos excepcionales de arbitrajes forzosos; las mismas son las que eligen, directa o indirectamente, la estructura del proceso arbitral y sus modos de desenvolvimiento. Para esto, en el proceso arbitral, las partes tienen plena libertad para regular el procedimiento arbitral, pudiendo a tal efecto, establecer el tipo de arbitraje, el lugar del arbitraje y las reglas a aplicarse, de acuerdo a lo establecido en el convenio arbitral o según el reglamento de la institución arbitral al cual las partes se han sometido.

¹³³*Ibidem*

¹³⁴SOTO COAGUILA, Alberto. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”. Disponible en <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto.-Lex-Arbitri.pdf>. [con acceso 23 de noviembre de 2016], p. 30.

¹³⁵MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ra. Edición. Navarra, Thomson Civitas, 2006. p. 618.

El procedimiento arbitral comienza cuando se perfecciona el contrato partes-árbitro, esto es, cuando acepta el árbitro único o cuando acepta el último de los árbitros en un tribunal arbitral colegiado (salvo pacto en contrario) y culmina con la emisión del laudo definitivo o del último de los laudos parciales (salvo en los supuestos de excepción que hemos visto precedentemente). Sin embargo, en el Decreto Legislativo n.º 1071 no se utiliza el término «procedimiento», el mismo que habría sido reemplazado por la expresión «actuaciones arbitrales». Al respecto, entendemos que esta decisión del legislador obedece a la finalidad de evitar equiparaciones con el proceso judicial o con el procedimiento administrativo.¹³⁶

El ejercicio de tal libertad, en el arbitraje debe realizarse en el marco de las normas imperativas aplicables, no pudiendo ser dejadas de lado por el árbitro, bajo el supuesto del orden público, en caso no llegaran a cumplirse el laudo decae en nulo. Ahora bien, una vez establecidas las reglas, el arbitraje debe discurrir conforme a ellas, las cuales deben ser respetadas por las partes. También los árbitros quedarán ceñidos a las mismas, sin perjuicio de sus facultades instructoras.

Y esto nos lleva a considerar un punto importante acerca de la noción de proceso arbitral. Para esto, tenemos lo señalado por FRANZ KUNDMÜLLER, el cual citando a PUGLIANINI GUERRA, considera lo siguiente¹³⁷:

“Nótese entonces que la LA (Ley de Arbitraje) no se refiere al ‘proceso arbitral’ ni al ‘procedimiento arbitral’, sino simplemente a las ‘actuaciones arbitrales’. Se produce un deslinde tácito con las nociones jurídicas de ‘proceso’ o ‘procedimiento’. [...] Del mismo modo, en cada caso se produce la acción del justiciable o del administrado, pues éstos ejercen sus derechos ante la autoridad estatal correspondiente. Como es evidente, la autoridad de los árbitros no es equivalente a la autoridad de los jueces y de las autoridades administrativas. Por lo que no resulta conveniente usar la denominación proceso o procedimiento para referirse a las actuaciones arbitrales. [...] En ambos casos, como sabemos, concurren una serie de principios y derechos que sustentan el debido ejercicio del poder estatal, en el marco del estado de derecho y, por ende, de las normas

¹³⁶PUGLIANINI GUERRA. Luís. *La relación partes – árbitros*. Lima: Ed Palestra, 2012, p. 189

¹³⁷PUGLIANINI GUERRA. Luís., *op. cit.*, p. 190

constitucionales y legales correspondientes. Se garantiza así la tutela de los derechos de los ciudadanos o administrados ante la autoridad y el poder del Estado. Se racionaliza entonces mediante el ordenamiento jurídico, el ejercicio del poder soberano en las diversas funciones estatales. En cambio, en el caso del arbitraje, la forma en que se ejerce el poder obedece a la naturaleza especializada y ‘autocontenida’ de este medio de solución de controversias y donde, en general, la autonomía de la voluntad inspira la conformación del convenio arbitral y condiciona el desarrollo del *iter* arbitral en sus distintas modalidades. [...] En efecto, soy de la opinión que la relación entre el arbitraje y el estado debe de estar definida claramente en el plano institucional y jurídico, respetando las respectivas autonomías, pero procurando congruencia entre el poder de la autoridad estatal y el poder de los actores arbitrales.

De modo que no es conveniente confundir el concepto jurídico de la jurisdicción estatal, sea ésta jurisdiccional o administrativa, con el arbitraje y su esencial concepción jurídica. Los árbitros no son jueces y tampoco ejercen, en esencia, ni función jurisdiccional estatal ni función administrativa.

[...]

Profundizando en el análisis también es cierto que en la L.A. se adopta la denominación ‘actuación’, que remite finalmente a la idea de conjunto de ‘autos’ o ‘actuados’. Cuando los abogados hablamos de los ‘autos’, generalmente nos referimos a un conjunto de actuaciones o piezas de un procedimiento judicial.

Podemos entonces válidamente interpretar, por analogía, que si la actual L.A. se refiere a las actuaciones arbitrales, en realidad se está refiriendo a las actuaciones o piezas de un arbitraje y no de un proceso judicial.

[...]

La utilización preeminente del término ‘actuaciones’, reitero, contrasta con el régimen derogado, en orden a que éste utilizaba indistintamente varias nomenclaturas para referirse a lo mismo (proceso, procedimiento, actuaciones, etc.).”

La celeridad es otra característica que debe primar en la prueba arbitral. Así, es esta celeridad la que determina una adecuada determinación del objeto de la prueba; por tanto, debe evitarse las pruebas innecesarias o inconducentes, que nada aportarán para la solución del caso y su producción generará dilaciones y costos evitables.

Así, para LINO PALACIO¹³⁸, en principio sólo los hechos afirmados por las partes pueden constituir objeto de prueba. Ello hace descartable toda prueba que no verse sobre alegaciones formuladas por los litigantes ya que los árbitros sólo podrán juzgar sobre tales alegaciones. Por otro lado, si se tratare de hechos inconducentes, tampoco será necesaria la prueba del acaecimiento de los mismos, ya que ello ningún aporte significará para el arbitraje.

Ahora, en todo proceso jurisdiccional, la etapa más crítica que más recursos y tiempo insume es la probatoria. La realidad demuestra que una gran proporción de la prueba ofrecida por las partes, cuya producción consume tiempo e innecesarios incidentes y recursos resulta superflua e intrascendente. Todos los medios probatorios son procedentes para ser ofrecidos ante un tribunal arbitral, las partes pueden proponer todas las pruebas que estimen conducentes para acreditar los hechos invocados en la causa; se recuerda que en el proceso arbitral se rige el principio de autonomía de la voluntad, siempre que se considere el orden público y las normas imperativas.

IV. Tratamiento de los Medios Probatorios en el Arbitraje

Las pruebas tienen como finalidad permitir al tribunal realizar las determinaciones acerca de un hecho controvertido entre las partes, lo que conlleva a determinaciones jurídicas, con la finalidad de resolver la *litis*. Debemos partir, de que las pruebas en el arbitraje tienen un tratamiento distinto al que se les da en el procedimiento judicial, y esto en virtud de que el formalismo judicial no existe, no habiendo incluso un periodo para el ofrecimiento de pruebas; correspondiéndole en todo caso al Tribunal Arbitral decidir sobre el momento y forma en que se presentaran las pruebas. Y esto se debe a la aplicación del principio de la libertad de las partes en el proceso arbitral; este principio general estriba en que la práctica procesal y debida de la prueba en el arbitraje se halla presidida por el principio de libertad formal en el procedimiento probatorio.

En tal forma, los árbitros no se hallan sujetos en la práctica de la prueba a un principio de legalidad procedimental que obligue -como sucede en el proceso jurisdiccional- a una concreta aplicación legal

¹³⁸ LINO PALACIO. Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1999, p. 390 y siguientes

preceptiva adjetiva y de orden público. Muy por el contrario, el procedimiento probatorio, al igual que el desarrollo mismo del procedimiento arbitral, tan sólo se halla sujeto a la voluntad de las partes, de los reglamentos institucionales o, en su defecto, al acuerdo de los árbitros.

Para hacer referencia de los medios probatorios en el proceso arbitral, debemos considerar que los árbitros, dentro del procedimiento arbitral, cuentan con las siguientes facultades¹³⁹:

- a) Establecer la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas que presenten las partes.
- b) Solicitar a las partes las aclaración eso informaciones, así como ordenarla actuación de los medios probatorios que ellos estimen necesarios.
- c) En el caso de prueba pericial, podrán ordenar que se explique o amplíe el Dictamen.
- d) Dar por vencidos los plazos de etapas ya cumplidas por las partes.
- e) Continuar el proceso ante la inactividad de las partes.
- f) Emitir el laudo arbitral en base a lo ya actuado.
- g) Prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas, si se consideran apropiadamente informados.

Debemos tener en cuenta, que con la dación de la nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071), el legislador peruano ha comprendido cabalmente el sentido de una Ley de Arbitraje, que no consiste en regular el procedimiento ante los árbitros, sino en establecer las condiciones generales bajo las cuales el Estado admite la instauración de una justicia administrada por particulares y reconoce a sus decisiones el valor de la cosa juzgada, asimilándolas a las sentencias judiciales¹⁴⁰.

¹³⁹ SOTO COAGUILA. Alberto. *EL Arbitraje en el Perú y el Mundo.*, op. cit., p. 19-20

¹⁴⁰ CAIVANO, Roque J., *Arbitraje, Ad Hoc*, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, p. 56. [citado por CANTUARIAS SALAVERRY. Fernando. CAIVANO. Roque. "La Nueva Ley de

Y, de manera más específica, ha interpretado que “las normas de fuente estatal destinadas a regular el arbitraje deben aliviar en la medida de lo posible lastrabas o interferencias que puedan perjudicar sus ventajas esenciales: celeridad, simplicidad y acceso a una justicia mejor adaptada a las necesidades del comercio ‘limitando las interferencias judiciales’ a lo mínimo indispensable para tutelar intereses fundamentales”.¹⁴¹

Es desde la perspectiva de la actuación de los medios probatorios, que la Ley de Arbitraje, considera un principio de singular importancia: “La Libertad en la regulación de las actuaciones”. Siguiendo claramente lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL¹⁴², el artículo 34.1 de la LA reconoce en las partes y, en su defecto, en los árbitros, las más amplias facultades para determinar las reglas a las que se sujetará el arbitraje, teniendo como único límite la obligación de tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (artículo 34.2).

Es más, este dispositivo (artículo 34.3) establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la LA, los árbitros podrán recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier posible (e indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano¹⁴³.

Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 07, 2008, p. 46.

¹⁴¹GRIGERA NAÓN, Horacio A., “La autonomía del acuerdo arbitral”, en: *Rev. La Ley*, 1989-D-1107

¹⁴²Conforme autorizada doctrina, este artículo debe ser considerado la disposición más importante de la Ley Modelo: no sólo establece la libertad de las partes para determinarlas reglas de procedimiento, sino que deja a los árbitros, en ausencia de acuerdo entre aquellas, una amplia discreción acerca de cómo dirigir el procedimiento. En ambos casos, sujeto al cumplimiento de los principios fundamentales del debido proceso. De ese modo, se permite adaptar el procedimiento a la enorme variedad de circunstancias y necesidades de los casos internacionales, evitando las peculiaridades y prácticas locales. HERMANN, Gerold, “Power of arbitrators determine procedures under the UNCITRAL Model Law”, en: XII International Arbitration Congress, Viena, 1994, pp. 22-23. Vid. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. CAIVANO, Roque. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. *op. cit.*, p. 64

¹⁴³*Ibidem*

En base a este principio de libertad plenamente reconocido, las partes y, en su defecto, los árbitros, podrán determinar el lugar del arbitraje (artículo 35), el idioma del arbitraje (artículo 36), las reglas sobre la presentación de la demanda y su contestación (artículo 39), las audiencias (artículo 42), las pruebas (artículo 43), y demás aspectos necesarios para el buen desarrollo del proceso arbitral.

A su vez, podemos señalar que la Ley de Arbitraje La LGA no establece numerus clausus para los medios de prueba que se estimen admisibles y pertinentes, debiéndose tener en cuenta que el criterio de admisibilidad que emplea no es legal, en el sentido de que sólo sean medios de pruebas admisibles los admitidos por el CPC, sino que la admisibilidad probática ha de vincularse con la propia naturaleza sustantiva de las cosas y objetos -hechos- sometidos al conocimiento y resolución del órgano arbitral, esto es, deben guardar relación con el objeto de la prueba.

CAPITULO III

ANALISIS COMPARATIVO EN MATERIA PROBATORIA DEL PROCESO ARBITRAL Y CIVIL

Como ya se ha manifestado en el capítulo anterior, en un sentido amplio podemos decir que el arbitraje es un medio de solución de conflictos sociales mediante la intervención de un tercero, llamado árbitro, a cuya decisión se someten las partes sobre materias que libremente pueden disponer¹⁴⁴.

Hemos ya señalado que una de las grandes ventajas del arbitraje, con relación al proceso judicial, es su mayor informalidad y su flexibilidad. Se advierte así como el arbitraje posibilita el despliegue de la libertad de los titulares del conflicto una vez establecidas las reglas, estas deben cumplirse y ser respetadas por las partes.

A pesar de la flexibilidad antes mencionada, no se exime a las partes de la carga, que sobre ellas pesa, de probar los hechos que aleguen y, en ciertos casos, el Derecho aplicable; norma parecida la ostenta las “Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje” –también de frecuente utilización- la cual considera que cada parte tendrá el cargo de probar los hechos en los cuales apoya su reclamación o escrito de contestación” (art. 19).

¹⁴⁴ LEDESMA NARVAEZ. Marianella. “La prueba anticipada en el arbitraje”. Disponible en <https://es.scribd.com/document/328080533/La-Prueba-Anticipada-en-el-Arbitraje-pdf>. [con acceso 27 de noviembre de 2016]

Considerando este principio tomaremos ciertos puntos neurálgicos con relación a la prueba en el proceso civil y la prueba en el proceso arbitral, que nos permitirán encontrar las diferencias más saltantes entre estos procesos.

I. La Prueba anticipada.

Debemos precisar que el Decreto Legislativo 1071, muestra a través de su normativa (artículo 9) un conjunto de vinculaciones de la actividad arbitral en sede judicial, con la finalidad de contribuir a un mejor desarrollo de la función arbitral. Una de estas vinculaciones es la actividad probatoria, en estricto la prueba anticipada.

Para LEDESMA NARVAEZ el arbitraje es una expresión de la justicia privada, alterna a la estatal. La base del arbitraje es el contrato, expresado en el convenio que las partes celebran cuando se someten a los árbitros, todo ello sustentado en el principio constitucional que autoriza el libre ejercicio de esa voluntad contractual. El punto de partida para el inicio del proceso arbitral es la designación de los árbitros. Sin embargo, puede darse situaciones en las que sin haber iniciado ninguna pretensión formal en sede arbitral, ni requerido la designación de árbitros, se busque realizar, de manera previa y urgente, determinada actividad procesal en sede judicial, para luego ser incorporado en el procedimiento arbitral.¹⁴⁵

Dentro del proceso arbitral, a partir de lo señalado por el artículo 47° del D. L.1071, se permite la inserción de medidas cautelares, como medidas temporales contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo. Así, el Tribunal puede ordenar, previo a la emisión del laudo medidas cautelar a fin de “preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

A partir de esto LEDESMA NARVAEZ sostiene que “hay situaciones de urgencia que no solo buscan asegurar bienes del deudor para una futura ejecución forzada del laudo o para afectar una situación de hecho controvertida que será materia de una futura discusión arbitral, sino que busca asegurar “elementos de prueba” para el futuro procedimiento arbitral. Esto es, antes que se inicie formalmente este, pueden acaecer

¹⁴⁵ LEDESMA NARVAEZ. Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: PUCP, 2009, p. 96

situaciones que lleven la necesidad urgente de recurrir a la jurisdicción a fin de acopiar y resguardar las fuentes de prueba, para lo cual se recurre a diversas actuaciones judiciales destinadas a “facilitar” no solo el futuro proceso ulterior sino el desarrollo y la eficacia de este”.¹⁴⁶

No hay duda que la legislación procesal arbitral, contenida en el Decreto Legislativo 1071, regula la prueba anticipada; la misma que responde al principio de la «facilitación procesal», el cual es un concepto puramente doctrinal y no legal; conforme lo señala GUASP¹⁴⁷ comprende el conjunto de procesos orientados a facilitar otro proceso principal, con el que aparecen relacionados; podremos decir que el principio de facilitación procesal implica un conjunto de procedimientos especiales orientados a facilitar la vida del proceso principal. Por su lado, LINO PALACIO¹⁴⁸ los cataloga como diligencias preliminares y se agrupan, atendiendo a la finalidad que persiguen, en dos categorías: diligencias preparatorias y diligencias conservadoras de prueba.

Dentro de las diligencias conservadoras de prueba, se encuentra la prueba anticipada la cual es un mecanismo destinado a contribuir al adecuado desarrollo de la actividad probatoria. Tiene un propósito garantista porque busca evitar que determinados medios probatorios, al no actuarse oportunamente, sean afectados y se frustre la posibilidad de que sean utilizados en un proceso posterior. Esta finalidad de asegurar y conservar medios de prueba lleva a confundirlo con la medida cautelar; sin embargo, hay dos grandes argumentos para excluirla¹⁴⁹

- a) La prueba anticipada no participa de las características de la medida cautelar, como lo provisional y mutable de la medida. Lo provisional implica que la medida subsiste mientras duren las circunstancias que la determinaron; y es mutable porque el juez, para evitar perjuicios innecesarios, puede disponer de medida cautelar diferente de la solicitada. Estas características no son aplicables a la prueba anticipada porque, producida en cualquier

¹⁴⁶ *Ibidem*

¹⁴⁷ LEDESMA NARVAEZ. Marianella. “La prueba anticipada en el arbitraje” .*op. cit.*, p. 397-398

¹⁴⁸ PALACIO. Lino. *Derecho Procesal Civil*. T. VI. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1999, p. 11

¹⁴⁹ LEDESMA NARVAEZ. Marianella. “La prueba anticipada en el arbitraje” .*op. cit.*, p. 399

etapa, se incorpora al proceso en definitiva y el juez no puede dejar de valorarla aunque perjudique a la parte que la produjo. Esa valoración opera al momento de dictar sentencia definitiva.

- b) La medida cautelar se decreta *inaudita pars*; en cambio, la prueba anticipada se practica con citación de la parte contraria, salvo que resulte imposible por razón de urgencia (véase art. 287 del Código Procesal Civil).

Ahora como relacionamos la factibilidad de la prueba anticipada en el arbitraje. Diremos en primer término, que el artículo 297 del Código Procesal Civil contempla otros referentes con relación a la delimitación de la prueba anticipada, con relación a la competencia del juez. Sin embargo, surge la inquietud acerca de cuál será el territorio del futuro proceso arbitral.

Para LEDESMA NARVAEZ no habría tal problema, en virtud que existiendo convenio arbitral, el futuro proceso no se ventilará en sede judicial. Así, se podrá aplicar las reglas de competencia ordinaria, que en el caso planteado serían las reglas de la competencia de la medida cautelar fuera del proceso arbitral, que nos remite a la señalada en el inciso 2 del artículo 8 D.L. N°1071¹⁵⁰, el cual determina que será competente el juez de la su subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o deba producir su eficacia.

Es importante advertir que la producción de pruebas anticipadas no implica la renuncia del arbitraje pactado, tan igual como la medida cautelar dictada en sede judicial antes de iniciado el procedimiento arbitral.¹⁵¹

¹⁵⁰ Inciso 2 del Artículo 8° del Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial. (...)

Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o en la legislación nacional aplicable.

¹⁵¹ LEDESMA NARVAEZ. Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje.*, op. cit., p. 99

II. El auxilio probatorio.

En el proceso la prueba puede ser directa e indirecta. En el primer caso tiende a demostrar el hecho discutido por las partes, con auxilio de medios de convicción aplicados precisamente a ese hecho como documentos, pericias, declaraciones, entre otros; en cambio la prueba indirecta solo tiende a demostrar el hecho discutido con el auxilio de los sucedáneos. El objeto de la prueba se halla restringido a la comprobación de los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, oportunidad que ostentan las partes, de conformidad con el art. 39 inciso 11 de Decreto Legislativo 1071¹⁵², al momento de presentar su demanda o en la contestación de la demanda.

Partiendo de la premisa del artículo citado, en un arbitraje de derecho, no es materia de prueba el derecho, en virtud que el nombramiento de los árbitros cae en la figura de un abogado. A su vez, la función del árbitro en el proceso arbitral, no se orienta averiguar los hechos, esto es función de las partes. Sin embargo, por ley el árbitro está facultado para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesario. Incluso, puede nombrar por iniciativa propia o solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre las materias concretas (art. 43¹⁵³ y 44¹⁵⁴ del D.L. N°1071).

¹⁵² Inciso 2 del Artículo 39° del Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje

Artículo 39.- Demanda y Contestación.

(...)Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer”.

¹⁵³ Artículo 43° del Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje

Artículo 43.- Prueba.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

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

¹⁵⁴ Artículo 44° del Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje

Artículo 44.- Peritos.

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo

El árbitro se halla facultado por ley para realizar cualquier acto de investigación respetando el derecho a la defensa; aprecia soberanamente la oportunidad para abrir los debates, resolver los incidentes y realizar todas las operaciones necesarias para que el litigio pueda ser resuelto. Para ciertas actuaciones podrá dirigirse al Tribunal Arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación a la jurisdicción a fin de solicitar la asistencia judicial para la actuación de pruebas. Necesariamente tiene que acompañar su solicitud las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir dicha asistencia cuando corresponda (Art. 45 D.L. N°1071).

Con relación a la colaboración judicial mencionada a partir del artículo 45° del D.L. 1071, se establece que más allá de las reglas de competencia reguladas en el artículo 8° del Decreto, es importante considerar los medios de cooperación y colaboración judicial regulada en el texto normativo. Y que pueden ser resumidos en lo siguiente: a) Asistencia judicial en actuación de pruebas, b) Adopción judicial de medidas cautelares, c) Ejecución forzosa del laudo, d) Conocimiento del recurso de anulación e) Reconocimiento de laudos extranjeros y f) Ejecución de laudos extranjeros.

Es propio que la intención del legislador es otorgar eficacia y eficiencia al arbitraje con una verdadera cooperación y colaboración de la justicia estatal durante el arbitraje y una vez emitido un laudo. Para esto nos centraremos en la asistencia judicial en actuación de pruebas.

Para LEDESMA NARVÁEZ una de las inquietudes que se presenta desde la sede judicial a este tipo de requerimientos es la viabilidad de su actuación, pues se podría dar la posibilidad que se busque la actuación de una prueba manifiestamente contraria al orden público o a las leyes imperativas. En este escenario, la autoridad judicial devolverá los

requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos

2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

antecedentes a la entidad requirente, expresándole los motivos de la negativa a su actuación, por citar, cuando se pretenda la declaración como testigo de un menor de edad, incapaz absoluto. La regla general señala que la autoridad judicial competente se limita a cumplir sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte; sin embargo, consideramos que esa regla alteraría cuando el pedido arbitral sea manifiestamente contrario al derecho. Hay que recordar que en el arbitraje existe la posibilidad de recurrir a árbitros en equidad, que no necesariamente sean abogado, o aun siéndolos, pueda darse la posibilidad de exigir una actividad en sede arbitral contraria a derecho; situaciones que llevaría al juez ejecutor a rechazar la materialización del pedido¹⁵⁵.

El artículo 45° del Decreto establece la obligación de la justicia estatal de colaborar con el arbitraje en la actuación de pruebas; y es de esta perspectiva que afirmamos que lo que busca también la normativa es que la intervención judicial en el arbitraje no ocurra o solo ocurra en los casos en los que por razones de *iusimperium* deba intervenir el Estado a través de sus jueces.

Así, ZOLEZZI¹⁵⁶ manifiesta: “Pero el arbitraje, siendo al fin de cuentas una justicia privada, necesita del Poder Judicial cuando requiere el ejercicio del *ius imperium* del que carece. Por regla general, se requiere del uso de medidas coercitivas en tres momentos del proceso: para la actuación de las pruebas, para trabar determinadas medidas cautelares y para la ejecución del fallo (...)”

El mismo autor señala que determinados supuestos en materia probatoria en donde el juez y su *ius imperium* serán un aliado del árbitro, tales como: actuación de pruebas que puedan requerir un apremio corporal (testigos renuentes- en nuestro caso Art. 46 del Decreto), implantación de multas, falta de reconocimiento de documentos por terceros, incumplimiento de exhibición, retardo o no concurrencia de los

¹⁵⁵ LEDESMA NARVAEZ. Marianella. Jurisdicción y Arbitraje., *op. cit.*, p. 100

¹⁵⁶ Zolezzi, Lorenzo, Comentarios a la Ley Peruana de arbitraje, ObCit, p. 532 citado por [GUZMÁN BARRÓN SOBREVILLA.C, ZUÑOGA MARAVÍ, R. “¿Por qué fijar en el Perú la sede de arbitrajes internacionales? Algunas razones”. En *Arbitraje PUCP*. Disponible en file:///C:/Users/Administrador/Downloads/9371-37103-1-PB%20(1).pdf. Con acceso 22 de febrero de 2016, p. 62]

peritos. El único supuesto en el que esta colaboración no ocurrirá, es el supuesto regulado en el numeral 3 de este artículo y ocurre cuando la actuación de la prueba solicitada sea manifiestamente contraria al orden público o leyes prohibitivas expresas.

Consideramos que no obstante la alta valla establecida para que se configure esta situación, al exigir una configuración manifiesta del hecho, no es descabellado pensar que puede prestarse a un uso tendencioso cuando de ocurrir este caso, la parte que lo estime conveniente podría plantear un recurso de anulación en contra del laudo argumentando en base a esta situación la vulneración de su derecho de defensa conforme lo establece el artículo 63° literal b) del Decreto 1071.¹⁵⁷

También podemos considerar que la actuación de pruebas reguladas en el artículo 45 es un caso de intervención complementaria¹⁵⁸, la cual se produce en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial.¹⁵⁹ Y esto en virtud de que el Tribunal Arbitral solicita la vía judicial, de manera previa a la constitución del Tribunal Arbitral, especificando que ello no implica renuncia alguna al pacto arbitral. Cabe hacer la salvedad que, en este caso, nuestra legislación actual no ha previsto que sea necesario la instalación del Tribunal o el inicio del proceso arbitral, bastando para ello la “conformación” del órgano arbitral, entiéndase, que los árbitros hayan aceptado la designación como miembros del Tribunal que resolverá la controversia.¹⁶⁰

¹⁵⁷ GUZMÁN BARRÓN SOBREVILLA.C, ZUÑOGA MARAVÍ, R. “¿Por qué fijar en el Perú la sede de arbitrajes internacionales? Algunas razones”.*op. cit.*, p. 62

¹⁵⁸ARRARTE ARISNABARRETA, A.“Apuntes Sobre La Relación Entre El Arbitraje Y El Poder Judicial En La Nueva Ley De Arbitraje”, En *Ius – La Revista*, N° 38, p. 188

¹⁵⁹ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ. M. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2000. pp. 199.

¹⁶⁰ ARRARTE ARISNABARRETA, A., *op. cit.*, p. 188.

III. La Prueba de Oficio. El perito de oficio.

El Decreto Legislativo 1071 que regula el arbitraje considera en su artículo 43° la facultad del Tribunal Arbitral para admitir, calificar la pertinencia, la actuación y valoración de los medios probatorios aportados por las partes, así mismo, ordenar de oficio la presentación y/o actuación de las pruebas que estime necesario en cualquier momento del proceso, pudiendo incluso prescindir de las pruebas ofrecidas y no actuadas, debiendo para tales efectos motivar su decisión.

Así mismo, por su parte en el artículo 44° regula la institución del Perito: “1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios. 2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.”

Como es de apreciarse el texto del artículo 44 regula la designación de un perito por el Tribunal Arbitral lo cual puede provenir de la solicitud de una de las partes en controversia, así como también de una decisión autónoma de los árbitros.

El “perito de oficio” es aquel designado por el Tribunal Arbitral por así requerir éste el esclarecimiento de los hechos fácticos técnicos en controversia; por ende, el objeto y alcance de la pericia corresponde ser definido exclusivamente por los árbitros, aunque bien se puede consultar a las partes con criterio referencial aunque ellas no tengan determinación final respecto de tal objeto, esto es, de las materias específicas objeto de pericia. En este caso, los costos de la pericia de oficio son asumidos por las partes en proporciones iguales. Debe tenerse en cuenta igualmente, que la designación de un perito de oficio, no debe responder a la insinuación velada o directa de alguna de las partes, pues en tal caso, lo que busca esa parte en buena cuenta es que el Tribunal Arbitral asuma como suyo los planteamientos que propone como objeto de la pericia y, de otra, que los costos de esa pericia sea asumido por ambas partes en

controversia. Ambos extremos resultan contrarios a una práctica regida por la buena fe procesal.¹⁶¹

La prueba pericial se constituye en un instrumento de persuasión fundamental, cuando los hechos de casos involucran aspectos de naturaleza técnica. Y es desde este sentido al ser el perito un experto que el mismo en el proceso arbitral, a pesar de ser nombrado por las partes, se debe no a ellas sino al Tribunal Arbitral. El experto es en sentido estricto una especie de colaborador del tribunal en búsqueda de la verdad. La imparcialidad y la independencia del perito es fundamental y esto independientemente de que perito se trate, ya sea el privado o el de oficio.

Por último es importante aclarar que en el proceso arbitral la flexibilidad y amplitud de la actuación probatoria son la regla. La limitación de actividad probatoria son la excepción. Un proceso civil ordinario en cambio, es uno en el cual la regla general son los procedimientos estrictos para el ofrecimiento de pruebas y para su actuación. En palabras del Tribunal Constitucional: “Así [el arbitraje] se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes el arbitraje se justificó en su carácter expedito y efectivo”¹⁶²

Así mismo, en el Código Procesal Civil, ha regulado la figura de la Prueba de Oficio en el Artículo 194¹⁶³ del Código Procesal Civil,

¹⁶¹ RODRIGUEZ ARDILES. Ricardo. “El aporte del perito y la pericia en el arbitraje”. En *Arbitraje PUCP*. Disponible en revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/10400/10850. Con acceso [22 de febrero de 2017]

¹⁶² SOTO COAGUILA. C; BULLARD GONZÁLEZ. A. *Comentarios a la Ley peruana de arbitraje*. T. II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 201, p. 526.

¹⁶³ **Artículo 194° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil**

Pruebas de oficio

Artículo 194.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

estableciéndola como una medida excepcional que pudiera ejercer solo el Juez de primera y segunda instancia en caso los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción, siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes en el proceso, para tales efectos su decisión deberá ser debidamente motivada, a diferencia de lo regulado en el Decreto Legislativo 1071, por el cual facultad plenamente al árbitro de solicitar a las partes la presentación y actuación de medios probatorios, pudiendo incluso ejercerlo en cualquier momento del proceso, sin necesidad que las partes hayan hecho mención de la fuente de la prueba, otorgándole mayor campo de acción a los árbitros.

IV. Valoración de los medios de prueba en el arbitraje.

El estudio se realizará dentro del marco del Decreto Legislativa N° 1071, el cual se encuentra regulado en el Título IV de la Ley de Arbitraje, denominado “Actuaciones arbitrales”,

La valoración de los medios probatorios consiste en analizar la veracidad de la información aportada a las actuaciones arbitrales a través de los medios de prueba, atribuyendo a las mismas un determinado valor de convicción sobre los hechos pasados y controvertidos. Esta valoración, en los diversos sistemas jurídicos, viene concebida a través de esquemas formales (modelos de valoración) cuyo objetivo común es proveer, al juzgador, esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis fácticas, siendo el que opera en el arbitraje el de libre valoración, el cual se sustenta en el propio criterio del árbitro sujeto a sus máximas de experiencia.¹⁶⁴

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.”

¹⁶⁴ MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “La independencia e imparcialidad del árbitro”, *op. cit.*, p. 98. Citado por [CHIPANA CATALÁN. J. *Los árbitros en la ley de arbitraje. Bases para una reforma del artículo II del Decreto Legislativo 1071*. Disponible en file:///C:/Users/Administrador/Downloads/CHIPANA_CATALAN_JHOEL_LEY_ARBITRAJE.pdf. Con acceso [23 de febrero de 2017), p. 68.

El artículo 42^o¹⁶⁵ del Decreto Legislativo 1071, regula las Audiencias en el Arbitraje en su inciso 1 contempla la potestad que ostenta el Tribunal Arbitral de decidir si se celebrarán audiencias o todo se realizará por escrito, ello en contraposición con el formalismos previsto para los procesos civiles, en donde el juez tiene la obligación de realizar la audiencia de pruebas, debiendo incluso ser dirigida por personalmente por el juez bajo sanción de nulidad¹⁶⁶.

No hay que olvidar que, la denominación de “actuaciones arbitrales” confirma la naturaleza heterocompositivo del arbitraje como medio de solución de controversias, y en donde la autonomía de la voluntad inspira la conformación del convenio arbitral y condiciona el desarrollo del *iter* arbitral.

Sabemos que la autoridad de los árbitros es distinta a la autoridad de los jueces, a la de las autoridades administrativas, en los procesos judiciales los jueces terminan con una sentencia en la cual concurren un conjunto de principios y derechos producto del debido ejercicio del poder jurisdiccional estatal. Actualmente, considera HUNDSKOPF¹⁶⁷ “en el caso específico del arbitraje, existe una secuencia o sucesión de fases que se inicia con la petición del arbitraje, que pasa necesariamente por una etapa postulatoria y, de ser necesaria por una actuación probatoria, para luego evaluar los alegatos escritos y orales, concluir con la expedición de un

¹⁶⁵ **Inciso 1 del Artículo 42º del Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje**

Artículo 42.- Audiencias

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.

¹⁶⁶ **Artículo 202 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil**

Capítulo II

Audiencia de pruebas

Dirección.-

Artículo 202.- La audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el Juez, bajo sanción de nulidad. Antes de iniciarla, toma a cada uno de los convocados juramentos o promesa de decir la verdad.

La fórmula del juramento o promesa es: “¿Jura (o promete) decir la verdad?”

¹⁶⁷ HUNDSKOPF EXEBIO. Oswaldo. “Valoración de los medios de prueba en el arbitraje”. En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Palestra, 2012, p. 179

laudo que expresa la decisión del tribunal, a la que se arriba después de haber considerado los argumentos de las partes, luego de haber analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas, y de haber valorado los medios probatorios ofrecidos y aceptados de manera definitiva, y con la motivación exigida por el inciso 1 del artículo 56 de la Ley de Arbitraje, poner fin con el laudo a una controversia para cuya solución, ambas partes se han sometido, razón por la cual, si bien la intencionalidad del legislador fue alejarse de la nomenclatura tradicional, a mi modo de ver, el arbitraje no deja de ser un tipo de proceso, pero con características especiales”.

Para empezar el arbitraje, a diferencia del proceso judicial que se inicia con la interposición de una demanda, este medio empieza en la fecha de recepción de la solicitud o petición que hace únicamente una de las partes, para someter la solución de éste al arbitraje (art. 33 de la Ley de Arbitraje; este inicio marca una distancia con el proceso judicial y también con el procedimiento administrativo. Por ende el inicio de las denominadas “actuaciones arbitrales” que implica la valoración de la prueba se dará con la fecha de recepción de la solicitud o petición de una de las partes.

Conforme a la artículo 34° de la Ley de Arbitraje, las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones y, a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, le corresponde al tribunal decidir las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta la circunstancia del caso, así como la norma a través de la cual ha quedado consolidado el principio de autonomía e igualdad de las partes para establecer libremente las reglas del arbitraje. Asimismo, conforme al inciso 2 del mencionado artículo, el tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad, y darle a cada una de ellas las suficientes oportunidades para hacer valer sus derechos, lo cual constituye una obligación de carácter imperativo y que se deriva del propio convenio arbitral, de tal modo que su trasgresión podría ser causal de anulación del laudo arbitral, corresponde a los árbitros darle a las partes las mismas oportunidades para explicar sus posiciones, argumentos y fundamentos legales. Claro está, y conforme al inciso 3 del artículo 34 en caso no hubiere reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar supletoriamente las norma de la Ley de Arbitraje, y en caso no lo hubiere en la normativa, se acudirá a los principios arbitrales, como a los usos y costumbres en materia arbitral.

Lo mencionado nos lleva afirmar que conforme a la normativa arbitral, no existe aplicación supletoria al arbitraje de las normas del Código Procesal Civil, el orden de prelación excluye la normativa procesal civil, con lo cual ya no se puede interpretar la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil¹⁶⁸, que anteriormente se invocaba. Para HUNDSKOPF¹⁶⁹ “...por una inadecuada interpretación de la mencionada disposición, se consideraba, equivocadamente, que en defecto de normas, era aplicable a los procesos arbitrales, las instituciones del Derecho Procesal Civil, lo que equivalía a una judicialización del arbitraje, asimilándolo a una suerte de “hijo putativo” del proceso judicial, desnaturalizando lo que en esencia debe ser una alternativa consensuada para la resolución de conflictos sobre derechos disponibles.

Para HUGO MORETE, los parámetros de diferencia entre un proceso arbitral y el judicial se sustentan en el hecho, que la estructura arbitral se basa en el acuerdo de voluntades de las partes y el poder discrecional de los árbitros, en el proceso civil estamos ante una estructura diseñada por el Poder Público para todos los justiciables de la sociedad, donde las reglas procesales son de carácter imperativo para todo el proceso. Es desde esta línea que MORETE sostiene: “qué duda cabe de la Ley de Arbitraje marca un hito en la autonomía de una estructura procesal arbitral autosuficiente, con instituciones propias, adaptables a la flexibilidad y a la libertad concedida a las partes y a los árbitros para autorregular un mecanismo de solución de conflictos que, como el arbitraje, es el que mejor responde a las necesidades de los agentes económicos en un mundo globalizado”.¹⁷⁰

Con relación ahora a la valoración de los medios probatorios, el principio de buena fe es importante y sobre todo en el proceso arbitral, y esto debido al componente contractual que tiene esta jurisdicción, ya que

¹⁶⁸ **Disposiciones Complementarias**

Primera Disposición Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil

PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

¹⁶⁹ HUNDSKOPF EXEBIO. Oswaldo. “Valoración de los medios de prueba en el arbitraje”, *op. cit.*, p. 182

¹⁷⁰ MORETE Hugo. Comentario al artículo 377 en el Tomo I de la obra colectiva”. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, editada por el Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, p. 415 [citado por *Ibidem*]

la propia decisión de alejarse de la jurisdicción ordinaria, la fijación de la materia de la controversia, la designación de los árbitros y la elección de reglas procesales, se basan en la voluntad común de las partes, la misma que ha quedado evidenciada en el convenio arbitral. Para ADRIÁN SIMONS existe un conjunto de conductas que denotan mala fe y son las siguientes¹⁷¹:

- a) Prueba “sorpresa”: mantener oculta una prueba y ofrecerla de manera extemporánea, afectando la igualdad en el proceso arbitral y el derecho a la defensa y así pretender modificar el objeto del proceso fijado.
- b) Salir de “pesca” en materia probatoria: por ejemplo, pedir la exhibición de documentos de manera indiscriminada y abstracta.
- c) Interrogatorios maliciosos. Esto puede manifestarse de diversas maneras: excesivo número de preguntas, preguntas insidiosas, ataques al testigo o declarante y preguntas sobre hechos inexistentes para descalificar al declarante.
- d) Pericias “bambas o truchas”. Uso de “expertos” que carecen los conocimientos o calificaciones requeridos para emitir opinión sobre una determinada rama científica o artística.
- e) Obtención de pruebas violando derechos fundamentales. Por ejemplo, interceptación telefónica.
- f) Solicitud de pruebas imposibles o “pruebas diabólicas”. Pedir acreditar hechos negativos.
- g) Cuestionamiento de prueba documental por falsedad sin contra-prueba. Cuestionar la copia de un documento sólo por carecer del original.
- h) Ofrecimiento de prueba abundante no relevante.

¹⁷¹ SIMONS PINO. Adrian. “La buena fe y la actividad probatoria en el arbitraje”. Exposición efectuada en la Primera Conferencia Anual de Arbitraje del Instituto Peruano de Arbitraje.

- i) Uso de prueba no idónea. Por ejemplo, pretender acreditar la lucidez de una persona con una declaración testimonial.

Es por tanto, función de los árbitros salvaguarda la observancia del principio general de la buena fe, así como la buena fe procesal que amerita un deber de conducta leal, con un contenido eminentemente ético en el transcurso del proceso. Para JIMENEZ VARGAS MACHUCA¹⁷², el principio de solidaridad y el deber de cooperación con los fines públicos son los ejes del proceso civil moderno, que incluye el arbitraje, pues lo relevante es alcanzar la finalidad de proceso, para lo cual se cuenta con reglas procedimentales claras, que deben respetarse, a fin de que el proceso se centre fundamentalmente en la actividad probatoria y el análisis jurídico.

Conforme al art. 39 establece que las partes, al presentar su demanda y contestación, deben aportar todos los documentos que consideren pertinentes, y esta norma refleja el criterio flexible del proceso arbitral, en virtud que desde el primer momento las partes pueden presentar los documentos pertinentes a su defensa. Esta norma debe ser relacionada con el artículo 43, inciso 1 de la Ley de Arbitraje la cual autoriza al tribunal arbitral a determinar, de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y a ordenar, en cualquier momento, la presentación o actuación de las pruebas que estime necesarias.

Con relación a las audiencias arbitrales el artículo 42 de la Ley de Arbitraje será el tribunal arbitral el que decidirá si se han de celebrar audiencias para la presentación de alegaciones, actuaciones de prueba y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán sólo por escrito; siguiendo esta línea, la doctrina arbitral considera que serán los árbitros los directores del procedimiento y a ellos les corresponderá decidir, salvo pacto en contrario de las partes si se requerirá la celebración de audiencias para la presentación de pruebas o si las actuaciones se substanciarán sobre la base de escritos o demás pruebas¹⁷³.

¹⁷² JIMENEZ VARGAS MACHUCA. Roxana. “Comentario al artículo 38 de la Ley de arbitraje”. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: IPA, 2011, T. I, p. 441.

¹⁷³ CANTUARIAS SALAVERRY. Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007, p. 132

De acuerdo al artículo 43 el Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias. Asimismo, señala que el tribunal arbitral está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas según las circunstancias del caso. Y es que en la Ley de Arbitraje se establece el principio de libertad de prueba, es decir, conforme HUNDSKOPF¹⁷⁴ casi no contiene regulaciones sobre la prueba.

Para LORENZO ZOLEZZI la Ley de Arbitraje se centra con referencia a la prueba en cuatro temas a conocer¹⁷⁵:

- a) La admisión de pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos relevantes que dispongan;
- b) La formación de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye en el proceso y fuera de él;
- c) La valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión.
- d) La elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en la que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que debe fundamentar el juicio de hecho.

¹⁷⁴HUNDSKOPF EXEBIO. Oswaldo. “Valoración de los medios de prueba en el arbitraje”. *op. cit.*, p. 188

¹⁷⁵*Ibidem*

Siguiendo a Zolezzi con referencia a la admisión de pruebas a que se refiere el artículo 43, ésta tiene que interpretarse en el sentido del tiempo de su ofrecimiento o incorporación en relación con la oportunidad de su presentación. Respecto a la pertinencia, ésta se refiere a que los medios probatorios deben referirse a los hechos que sustentan la pretensión y queda a discreción del tribunal, proceder con discrecionalidad cuando considere que los medios probatorios ofrecidos se refieran a hechos no controvertidos, lo que hará que éstos sean considerados no pertinentes. Por último con respecto a la valoración de la prueba conforme al artículo 43 se aplica el principio de libre valoración, conteniendo la facultad del tribunal para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estimen necesarias, es decir, ordenar pruebas de oficio y contiene, asimismo, la facultad de prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas según las circunstancias del caso.

CONCLUSIONES

1. No cabe que duda que el arbitraje, se ha configurado como un mecanismo de solución de conflictos bastante atractivo en estos últimos tiempos, ello dado que los procesos son realizados en base a la auto-regulación de las partes involucradas, fijando sus propias reglas, las cuales están investidas de mayor flexibilidad y poca formalidad, generando con ello mayor celeridad en los procesos.

Ello dista de la realidad de los procesos judiciales que son mucho más formales, con plazos y etapa procesales preclusivas, convirtiéndose en eternos y engorrosos.

2. Es imposible que en la búsqueda de justicia, se descarte por completo la intervención del poder judicial, especialmente en la etapa probatoria, ello se debe a que los árbitros al no contar con la potestad de ejecutar sus propios mandatos y decisiones, siempre requieren de la colaboración judicial, ejemplo de ello tenemos la prueba anticipada o en el caso que un testigo se negará a declarar, requiriéndose la intervención de los jueces, actuando como un agente de colaboración, no cumpliendo con un papel de resolutor del conflicto materia del proceso arbitral.
3. Es importante precisar, que como consecuencia de la intervención del poder judicial en el proceso arbitral, como agente colaborador en materia probatoria, el arbitraje está perdiendo su rapidez característica debido a que estaría sujeto a los tiempos del órgano jurisdiccional interviniente, desnaturalizando con ello su esencia.

4. Aunque las diferencias del proceso civil y arbitral, en materia probatoria radican básicamente en la formalidad del primero versus la flexibilidad y libertad del segundo, ambos procesos están sometidos a las garantías constitucionalmente reconocidas, en ese sentido la autonomía privada presente en los procesos arbitrales y las reglas que sobre ella se desprenden, no podrán transgredirlas, muy por el contrario, deberán ser reglas que se ajustan a ellas, caso contrario estaríamos frente a un proceso arbitral viciado de nulidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO TORRES, Jaime David, “El Arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del Amparo contra laudos arbitrales”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Grijley, Lima, 2006, N° 3
- ABELENDIA, Cesar Augusto. *Derecho Civil*. Tomo 2. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1980
- ALONSO, José María, “El deber de revelación del árbitro”, en: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*, Tomo 2. Lima: Magna Ediciones, 2009.
- APARICIO PÉREZ. Miguel. “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, en *RCEC*, N° 3, Mayo-Agosto, CEC, Madrid, 1989.
- ARANGÜENA FANEGO, Coral. “Intervención Judicial”. En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, ed. Vicente Giularte Rodríguez. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.
- BUSTAMAN ALARCÓN. Reynaldo. “El problema de la prueba ilícita: Un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva procesal constitucional”. En *Themis* N°43, 2001.
- BUSTAMANTE ALARCON. Reynaldo. “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En *Estudios de Derecho procesal*. Lima: Editorial ARA, 1997.

- CAIVANO Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000.
- CAIVANO Roque. “El arbitraje: Nociones Introductorias”. Disponible en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>.
- CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 2000.
- CANTUARIAS SALAVERRY. Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007.
- CANTUARIAS SALAVERRY. Fernando. CAIVANO. Roque. “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 07, 2008.
- CASTILLO CORDOVA. Luís. “Los Principios Procesales en el Código procesal Constitucional”. Disponible en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2066/Principios_procesales_Codigo_procesal_constitucional.pdf?sequence=1, 2005.
- CASTILLO FREYRE. Mario. “Orígenes del arbitraje”. En *Arbitraje y debido proceso*. Disponible en <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol2.pdf>.
- CASTILLO FREYRE. Mario; SABROSO MINAYA. Rita; CASTRO ZAPATA. Laura; CHIPANA CATALÁN. Jhoel. “Principios y derechos de la función arbitral”. En LEX N° 15 - AÑO XIII - 2015.
- CHIOVENDA. José. *Principios de derecho procesal civil*, Tomo I. Madrid: Ed. Reus, 1922.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 3ra. Edición. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1958.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1988.
- COUTURE. Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. Ed. Depalma, 1958.

- DEVIS ECHANDIA. Hernando. *Compendio de pruebas judiciales*. T.I. Santa Fe – Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1984.
- DEVIS ECHANDÍA. Hernando. *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Aguilar, s/a.
- DEVIS ECHANDÍA. Hernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 2002.
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición, 2001, T. II.*
- DIEZ PICAZO. Ignacio. *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Ed. Ramón Areces, 2000.
- GOMEZ COLOMER. Juan. *Derecho Jurisdiccional*. V. II. Barcelona: Bosch, 1995.
- GONZALES DE COSSIO. Francisco. *Arbitraje*. México D.F: Ed. Porrúa, 2001.
- GONZÁLES PÉREZ. Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas,, 2001.
- GRIGERA NAÓN, Horacio A., “La autonomía del acuerdo arbitral”, en: *Rev. La Ley*, 1989-D-1107
- HAKANSSON NIETO. Carlos. “La constitucionalización de la jurisdicción arbitral” en CASTILLO FREYRE. Mario. *Arbitraje y Constitución*. Lima: Palestra, 2012.
- HINOSTROZA MINGUEZ. Alberto. *La prueba en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999.
- HUNDSKOPF EXEBIO. Oswaldo. “Valoración de los medios de prueba en el arbitraje”. En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Palestra, 2012.
- HURTADO REYES, Martin. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial Morano S.A., 2009.

- HURTADO REYES. Martín. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Lima: Idemsa, 2009.
- JIMENEZ VARGAS MACHUCA. Roxana. “Comentario al artículo 38 de la Ley de arbitraje”. En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: IPA, 2011, T. I.
- LANDA. Cesar. “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En *Pensamiento Constitucional*. Año VIII, N° 08, 2002.
- LEDESMA NARVAEZ. Marianella. “La prueba anticipada en el arbitraje”. Disponible en <https://es.scribd.com/document/328080533/La-Prueba-Anticipada-en-el-Arbitraje-pdf>.
- LEDESMA NARVAEZ. Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: PUCP, 2009.
- LINO PALACIO. Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1999.
- MENESES PACHECO. Claudio. “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”. En *Revista Ius et praxis*, Año 14, N° 2.
- MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ra. Edición. Navarra, Thomson Civitas, 2006.
- MONROY GÁLVEZ. Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis de Belaunde & Monroy, 1995.
- MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Editorial Thompson – Civitas, 2005.
- MONTERO AROCA. Juan. *El derecho procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- MONTOYA ALARCON. Roberto. “Los principios de la Constitución Peruana”. Disponible en <https://elblogdederecho.files.wordpress.com/2012/10/los-principios-de-la-constitucion-peruana-debido-proceso.pdf>. con acceso.

- NUÑEZ DEL PRADO CHAVEZ. Fabio. “Desmitificando mitos: Análisis económico de la doble instancia en el proceso civil peruano”. En *Themis*, N° 66.
- PALACIO. Lino. *Derecho Procesal Civil*. T. VI. Buenos Aires: Ed. AbeledoPerrot, 1999.
- PEYRANO, Jorge. *El Proceso Civil*. Astrea, Buenos Aires, 1978.
- PIÑA. Rafael, CASTILLO LARRAÑAGA. José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México: Ed. Porrúa, 2007.
- PUGLIANINI GUERRA. Luís. *La relación partes – árbitros*. Lima: Ed. Palestra, 2012.
- RIOJA BERMUDEZ, Alexander. *El Nuevo Proceso Civil Peruano*. Arequipa: Ed. Adrus S.R.L., 2011.
- RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- RUBIO CORREA. Marcial. *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.
- SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Grijley, Lima, 2005, N° 2
- SIMONS PINO. Adrian. “La buena fe y la actividad probatoria en el arbitraje”. Exposición efectuada en la Primera Conferencia Anual de Arbitraje del Instituto Peruano de Arbitraje.
- SOTO COAGUILA, Carlos A. “Al arbitraje se le respeta”, en: *Revista Legal Columnas*, Lima, Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman&LunaVictoria Abogados, Mayo-Junio, 2007, N° 147.

SOTO COAGUILA. Alberto. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”. Disponible en <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto-Lex-Arbitri.pdf>.

SOTO COAGUILA. Alberto. “Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje”. Disponible en <http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/Comentarios-a-la-Ley-Peruana-de-Arbitraje.-Carlos-Soto-Lex-Arbitri.pdf>.

SOTO COAGUILA. Alberto. *EL Arbitraje en el Perú y el Mundo*. Lima: Instituto peruano de Arbitraje, 2008.

VARELA. Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1990.