

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL  
(SUSTENTACION DE EXPEDIENTE JUDICIAL)  
PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR:**

**BACH. ROLANDO JAVIER BAYONA MEJÍA**

**ASESOR**

**LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

**HUARAZ - PERÚ**

**2021**



FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A  
OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

**1. Datos del autor:**

Apellidos y Nombres: \_\_\_\_\_

Código de alumno: \_\_\_\_\_

Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_

D.N.I. n°: \_\_\_\_\_

*(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)*

**2. Tipo de trabajo de investigación:**

Tesis

Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico

Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

**3. Para optar el Título Profesional de:**

\_\_\_\_\_

**4. Título del trabajo de investigación:**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**5. Facultad de:** \_\_\_\_\_

**6. Escuela o Carrera:** \_\_\_\_\_

**7. Línea de Investigación (\*):** \_\_\_\_\_

**8. Sub-línea de Investigación (\*):** \_\_\_\_\_

*(\*) Según resolución de aprobación del proyecto de tesis*

**9. Asesor:**

Apellidos y nombres \_\_\_\_\_ D.N.I n°: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ ID ORCID: \_\_\_\_\_

**10. Referencia bibliográfica:** \_\_\_\_\_

**11. Tipo de acceso al Documento:**

Acceso público\* al contenido completo.

Acceso restringido\*\* al contenido completo

*Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.*

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_



## 12. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

## 13. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

## 14. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Seleccione la  
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



  
Varillas William Eduardo  
Asistente en Informática y Sistemas

**- UNASAM -**

**\*Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**\*\* Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**SECCION DE GRADOS Y TITULOS**



**ACTA DE SUSTENTACION – VIRTUAL**  
**PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 136 – FDCCPP**

**MODALIDAD: EXPEDIENTES JUDICIALES**

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día martes 21 de diciembre del dos mil veinte y uno. Se reunieron en la plataforma virtual del Microsoft Teams; el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

**Mag. PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO : PRESIDENTE**  
**Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ : SECRETARIA**  
**Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO : VOCAL**

Con el objeto de examinar, la **Sustentación de los Expedientes Judiciales:** Expediente Constitucional N° 20929-2006-0-1801-JR-CI-36 - Materia: Acción de Amparo, y Expediente Penal N° 32708-2010-0-1801-JR-PE-31 - Delito: Robo Agravado; del bachiller **BAYONA MEJIA ROLANDO JAVIER**, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ingresar a la plataforma virtual del Microsoft Teams a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinado en relación a los expedientes judiciales sustentados. Culminado el acto, el Presidente se reúne mediante la plataforma virtual del Microsoft Teams con los Miembros de la Comisión; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

**PROMEDIO : QUINCE (15).**

**RESULTADO : Aprobado por unanimidad.**

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** lo **Declara: APTO**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las diecisiete horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

Mag. PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO  
PRESIDENTE

Mag. FANY SOLEDAD VERA GUTIERREZ  
SECRETARIA

Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO  
VOCAL

**DEDICATORIA:**

Al SEÑOR.

A mi familia por su aliento y  
apoyo constante.

— El Bachiller-Titulando

## ÍNDICE

<b>RESUMEN..</b> .....	<b>1</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>2</b>
<b>DATOS DEL EXPEDIENTE</b> .....	<b>3</b>
<b>PRIMERA PARTE - RESUMEN DEL EXPEDIENTE</b> .....	<b>4</b>
<b>I. ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>4</b>
1.1. DILIGENCIAS EFECTUADAS A NIVEL FISCAL.....	4
1.1.1. <i>Denuncia efectuada por la Fiscalía</i> .....	4
1.2. DILIGENCIAS EFECTUADAS A NIVEL JUDICIAL .....	5
1.2.1. <i>Apertura de Instrucción</i> .....	5
1.2.2. <i>Declaración preventiva de la Agraviada Catherine Speziali de Nuñez</i> .....	7
1.2.3. <i>Declaración inductiva de Cabrera Aviles Jorge Luis de Jesús</i> .....	7
1.2.4. <i>Continuación de declaración inductiva del procesado Jorge Luis de Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés</i> .....	8
1.2.5. <i>Dictamen Fiscal</i> .....	8
1.2.6. <i>La defensa solicita variación de mandato de detención y expone sus consideraciones</i> .....	10
<i>Otras consideraciones de la variación del Mandato de Detención</i> .....	11
1.2.7. <i>Resolución de improcedencia de variación de la detención</i> .....	12
1.2.8. <i>La defensa apela la resolución que declara improcedente la variación de detención</i> 13	
1.2.9. <i>Informe final</i> .....	15
1.2.10. <i>Acusación Fiscal</i> .....	16
1.2.11. <i>Control de Acusación</i> .....	20
1.2.12. <i>La defensa solicita declaración de personas</i> .....	21
<b>II. ETAPA DE JUZGAMIENTO</b> .....	<b>21</b>
2.1. AUDIENCIA ORAL – SESIÓN 1 .....	21
2.2. CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA ORAL .....	23
2.3. ALEGATOS ORALES DE LA DEFENSA. ....	24
2.4. SENTENCIA.....	25
2.3.1. <i>Descripción general de la imputación Fiscal</i> .....	25
2.3.2. <i>Declaraciones del procesado</i> .....	25
2.3.3. <i>Delito imputado y pena solicitada</i> .....	26
2.3.4. <i>Delimitación típica</i> .....	26
2.3.5. <i>Valoración de la prueba</i> .....	27
2.3.6. <i>De la determinación de la pena</i> .....	29

2.3.7.	<i>De la reparación civil</i> .....	30
2.3.8.	<i>Fallo</i> .....	30
<b>III.</b>	<b>RECURSO DE NULIDAD</b> .....	<b>31</b>
3.1.	FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE NULIDAD .....	31
3.1.1.	<i>Fundamentos de hecho y jurídicos</i> .....	31
3.1.2.	<i>Análisis de la prueba actuada</i> .....	31
3.2.	PRONUNCIAMIENTO FINAL DE LA SALA SUPREMA .....	34
	<b>SEGUNDA PARTE – MARCO TEÓRICO</b> .....	<b>39</b>
<b>I.</b>	<b>HECHO PUNIBLE</b> .....	<b>39</b>
1.1.	ACCIÓN .....	39
1.2.	DELITO .....	39
1.2.1.	<i>Tipicidad</i> .....	40
1.2.2.	<i>Antijuricidad</i> .....	40
1.2.3.	<i>Culpabilidad</i> .....	41
1.3.	DOLO .....	41
1.4.	CULPA .....	42
1.5.	FALTAS .....	42
1.6.	LA PENA .....	42
<b>II.</b>	<b>EL ROBO AGRAVADO</b> .....	<b>43</b>
2.1.	TIPO PENAL .....	44
2.2.	TIPICIDAD OBJETIVA .....	45
2.3.	TIPICIDAD SUBJETIVA .....	47
2.4.	ANTI JURICIDAD .....	47
2.5.	CULPABILIDAD .....	47
2.6.	CONSUMACIÓN Y TENTATIVA .....	48
2.7.	ROBO A MANO ARMADA .....	48
2.8.	LA PENALIDAD .....	48
<b>III.</b>	<b>GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL PERUANO</b> .....	<b>49</b>
3.1.	TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA .....	49
3.2.	DEBIDO PROCESO .....	50
<b>IV.</b>	<b>PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL</b> .....	<b>51</b>
4.1.	JUICIO PREVIO .....	51
4.2.	CONTRADICCIÓN .....	51
4.3.	CONCENTRACIÓN Y ORALIDAD .....	51
4.4.	LA INMEDIACIÓN .....	52

4.5.	IGUALDAD DE ARMAS .....	52
4.6.	RECURRIBILIDAD DE RESOLUCIONES .....	52
4.7.	PRESUNCIÓN DE INOCENCIA .....	52
4.8.	<i>NE BIS IN ÍDEM</i> .....	53
4.9.	INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA .....	53
4.10.	ANALOGÍA .....	53
4.11.	<i>IN DUBIO PRO REO</i> .....	53
<b>V.</b>	<b>SUJETOS DEL PROCESO PENAL .....</b>	<b>54</b>
5.1.	EL JUEZ PENAL .....	54
5.2.	EL MINISTERIO PÚBLICO .....	56
5.3.	EL IMPUTADO .....	56
5.4.	EL ABOGADO DEFENSOR .....	57
5.5.	LA VÍCTIMA .....	57
	<b>TERCERA PARTE – JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>58</b>
	<b>CUARTA PARTE – ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE.....</b>	<b>63</b>
	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>65</b>
	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>67</b>

## RESUMEN

El presente informe resume el proceso penal por el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo agravado; desarrolla teóricamente las principales instituciones sustantivas y adjetivas involucradas, expone jurisprudencia pertinente, apartados en los que se destacan la complejidad del delito respecto de su tipo base, la valoración probatoria necesaria de la prueba testimonial y la prevalencia del principio de presunción de inocencia y el de *in dubio pro reo*. El asunto medular motivo de las discrepancias entre las instancias judiciales, es la calidad y suficiencia de la prueba testimonial como prueba de cargo y la satisfacción de los requisitos para su validez como son: la ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud, corroboración periférica y persistencia en la incriminación.

La deliberación respecto de la validez de la prueba testimonial en este caso cobra suma importancia porque de ella se deslindará la existencia del hecho delictivo incoado y el elemento agravante del delito usado para su perpetración: el arma de fuego, que conlleva al importante incremento de la pena de 4 años a 12 años de privación de la libertad.

La escasa investigación policial, el superficial examen y valoración de las pruebas testimoniales, así como la deficiente motivación judicial de la primera instancia es objeto de crítica por parte de la defensa, la cual es atendida por la instancia Suprema que en base a criterios razonables, mejor valoración de las pruebas que debilitaron la suficiencia de la testimonial de la parte agraviada, y el razonamiento jurisprudencial antecedente, concluyeron que los principios de presunción de inocencia y el de *in dubio pro reo* que favorecían al imputado prevalecían, resolviendo en conformidad absolviendo al acusado.

**Palabras clave:** Proceso Penal, delito contra el patrimonio, robo agravado, prueba testimonial, prueba de cargo, motivación insuficiente.

## ABSTRACT

This report summarizes the criminal process for the crime against property in its form of aggravated robbery; theoretically develops the main substantive and adjective institutions involved, exposes pertinent jurisprudence, sections that highlight the complexity of the crime with respect to its base type, the necessary probative assessment of the testimonial evidence and the prevalence of the principle of presumption of innocence and that of *in dubio pro reo*. The core issue that is the reason for the discrepancies between the judicial instances is the quality and sufficiency of the testimonial evidence as consistent for the prosecution and the satisfaction of the requirements for its validity, such as: the absence of subjective incredibility, plausibility, peripheral corroboration and persistence in the indictment.

The deliberation regarding the validity of the testimonial evidence in this case is extremely important because it will determine the existence of the criminal act initiated and the aggravating element of the crime used for its perpetration: the firearm, which leads to a significant increase in the sentence of 4 years to 12 years of deprivation of liberty.

The scant police investigation, the superficial examination and evaluation of the testimonial evidence, as well as the deficient judicial motivation of resolutions at the first instance is criticized by the defense, which is addressed by the Supreme Court, which, based on reasonable criteria, better assessment of the evidence that weakened the sufficiency of the testimonial of the aggrieved party, and the preceding jurisprudential reasoning, concluded that the principles of presumption of innocence and *in dubio pro reo* that favored the accused prevailed, resolving accordingly, acquitting the accused.

**Palabras clave:** Criminal Process, Proceso Penal, crime against property, aggravated robbery, testimonial evidence, judge reasoning, consistent evidence.

## DATOS DEL EXPEDIENTE

**NÚMERO DE EXPEDIENTE** : 32708-2010-0-1801-JR-PE-31

**ESPECIALIDAD** : PROCESO PENAL

**PROCESO** : ORDINARIO

**MATERIA** : ROBO AGRAVADO

**IMPUTADO** : CABRERA AVILES JORGE LUIS DE JESÚS

**AGRAVIADA** : SPEZIALI DE NUÑEZ CATHERINE  
CRHISTIANE

**JUZGADO** : 34° JUZGADO PENAL - LIMA

## PRIMERA PARTE - RESUMEN DEL EXPEDIENTE

### I. ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN

#### Antecedente

Con fecha 04 de noviembre de 2009 a las 17:00 horas, Catherine Catherine Crhistiane Speziali de Núñez se apersona ante la Comisaría PNP de Santa Felicia – Lima, denunciando haber sido víctima de robo.

#### 1.1. Diligencias efectuadas a Nivel Fiscal

##### 1.1.1. Denuncia efectuada por la Fiscalía

Con fecha 20 de julio de 2010, la 2ª Fiscalía Provincial Mixta de la Molina – Cieneguilla **FORMALIZA DENUNCIA PENAL** contra Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés por delito contra el Patrimonio: **ROBO AGRAVADO** tipificado en los arts. 188°-189° del Código Penal, en agravio de Catherine Christiane Speziali de Nuñez.

La denuncia se fundamenta en los recaudos que acompañan el atestado policial, en orden a lo establecido en el art. 94° del D. Leg. N° 052 - LOMP), considerando principalmente:

- a) La denuncia hecha por la víctima que alega que: alrededor de las 17:00 horas cuando ella se encontraba caminando a la altura del Óvalo de La Fontana en La Molina, se le acerca un hombre de unos 35 años aprox. tez morena, cabellos cortos, grueso, 1.75 m de estatura, ojos grandes de color negro, vistiendo polo negro, casaca beige, pantalón Jeans azul, con el pretexto de pedirle orientación sobre una dirección, la amenazó de muerte mostrándole un arma de fuego que tenía debajo del cinto del pantalón, con el objetivo de despojarla de su pulsera de oro de tres aros de oro de color rosado, amarillo y blanco; todo ello valorizado en U\$ 1000.00 (mil dólares americanos).
- b) El reconocimiento físico del presunto agente del robo, realizado por la agraviada el mismo día y lugar de interposición de la denuncia en

circunstancias en que aquel había sido intervenido por intentar hurtar dentro de las instalaciones de un edificio ubicado en la Av. La Fontana – La Molina.

- c) La declaración del imputado quien niega los hechos declarados por la agraviada y asegura que su presencia en los alrededores del lugar de los hechos se debía a que pretendía hurtar dentro de las instalaciones del edificio ubicado en la Av. La Fontana – La Molina, junto a su amigo (alias) Ricardo Costa.

A efectos de continuar con las investigaciones, el Ministerio Público solicita al Juzgado, disponga la realización de las siguientes diligencias:

- a) La declaración instructiva del denunciado.
- b) Se recabe los certificados de antecedentes penales, judiciales y policiales de los denunciados.
- c) Se reciba la declaración preventiva de la agraviada, quien deberá acreditar la preexistencia de lo sustraído.
- d) Se reciba la declaración testimonial de la menor Lisa Nuñez Speziali, Ana María Peña Enciso y Sandra Roxana La Torre Walters.
- e) Las demás diligencias necesarias al esclarecimiento del hecho denunciado.

## 1.2. Diligencias efectuadas a nivel judicial

### 1.2.1. Apertura de Instrucción

Con fecha 13 de agosto de 2010, mediante Resolución N° 01, en base a lo incoado en la denuncia fiscal, considerando:

**PRIMERO:** la imputación del Representante del Ministerio Público descrita en la **Denuncia Fiscal**.

**SEGUNDO:** se advierte que los hechos y la conducta exteriorizada por el denunciado **constituyen delito**, habiendo sido **individualizado** debidamente al presunto autor, encontrándose expedita la acción penal por **no haber prescrito**.

**TERCERO:** La conducta delictiva descrita, se encuentra prevista en el artículo 188° del Código Penal como tipo base y en el **inc. 3 del art. 189° del Código Penal** vigente.

**CUARTO:** En cuanto a la **medida coercitiva** (art. 135° del Código Procesal Penal, articulado vigente); en atención los recaudos ofrecidos por la Representante del Ministerio Público es posible determinar que:

- a) Existen suficientes **elementos probatorios de la comisión del delito**.
- b) La **sanción a imponerse ha de ser superior a un (1) año**, teniendo en cuenta la situación del imputado, que como reincidente, constituye un agravante en la que podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal (art. 46°-C del Código Penal).
- c) Existe **peligro procesal** debido al historial del imputado en cuanto a sus antecedentes policiales, declaraciones incongruentes respecto a su situación laboral (taxista y no pescador) y domiciliaria, así como intentos disuasorios en una investigación paralela que se le sigue por intento de hurto en domicilio, pues confesó haber inventado un nombre falso para encubrir a su cómplice.

Por estas consideraciones, de conformidad a lo establecido en el vigente artículo 72° y Primer párrafo del art. 77° del Código de Procedimientos Penales, y el art. 1° de la Ley N° 26689, el Juez resuelve: **ÁBRASE** instrucción en **VÍA ORDINARIA** contra Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés, como presunto autor del delito contra el Patrimonio – **Robo agravado**, en agravio de Catherine Christiane Speziali de Nuñez, y se dicta mandato de **DETENCIÓN** notificándosele y derivándosele al establecimiento penitenciario correspondiente.

**QUINTO:** para la **actividad probatoria**, se ordena: se reciba la **declaración instructiva** del inculpado, la **declaración preventiva** de la víctima; la **declaración testimonial** de la menor Lisa Nuñez Speziali (hija de la víctima); se recabe los **antecedentes penales y judiciales** del inculpado.

Además, de conformidad con el art. 94°-95° del Código de Procedimientos Penales, se ordena: se trabé **embargo preventivo** sobre los bienes del inculpado.

### **1.2.2. Declaración preventiva de la Agraviada Catherine Speziali de Nuñez**

Con fecha 23 de setiembre de 2010, la agraviada se ratifica en sus declaraciones respecto a los hechos: que con fecha 04 de noviembre de 2009 sufrió el robo de su pulsera y anillo valorizados en más o menos mil dólares, por medio de amenaza con arma de fuego; imputando como responsable al procesado en mención, al que reconoció al día siguiente de los hechos, porque la comisaría a cargo de la investigación había capturado a un sospechoso con las características descritas en la denuncia.

### **1.2.3. Declaración instructiva de Cabrera Aviles Jorge Luis de Jesús**

Con fecha 15 de octubre de 2010, el imputado se afirma respecto a su ocupación de taxista y pescador artesanal; alega contar con antecedentes penales por el delito de hurto por lo que estuvo recluido en el penal “San Jorge”; afirma también, que a la fecha de la presente declaración, se encuentra recluido en el penal de Aucayama desde noviembre de 2009, por el delito de hurto agravado en grado de tentativa y el de hurto agravado correspondiente al presente caso.

**Exhortado** que fue por el señor Juez y hecho de su conocimiento los alcances del art. 136° del Código de Procedimientos Penales respecto de la confesión sincera: dijo que responderá a la verdad.

## **AVOCAMIENTO DEL JUZGADO PENAL CON REOS EN CÁRCEL**

Con fecha 15 de octubre de 2010, el Juzgado Mixto de la Molina y Cieneguilla eleva la causa al Juzgado Penal con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

#### **1.2.4. Continuación de declaración instructiva del procesado Jorge Luis de Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés**

El imputado es exhortado a declarar la verdad e informado de los alcances del art. 136° del Código de Procedimientos Penales sobre la confesión sincera y de la terminación anticipada del Proceso.

Se ratifica en el desconocimiento de los hechos en torno al robo agravado de las joyas de la Sra. Spezialli cuya autoría se le atribuyen, y refiere que el motivo de su prisión entonces, es la pena que cumple por el delito de hurto agravado en el grado de tentativa realizado el mismo día 04 de noviembre de 2009 a las 17:00 hrs. en la residencia “La Fontana”, lugar donde fue intervenido por este delito. Su versión contradice a la del encargado de la residencia que afirma que la hora del ingreso del imputado a dicha residencia se efectuó a las 17:30 hrs.

Afirma también que la Policía, al no hallarle armas ni herramientas que permitan inferir su actividad delictiva, le piden dinero a cambio de su libertad, porque de lo contrario procederían a denunciarlo por tentativa de hurto y “empapelarlo” con ellas.

Se extraña también del intervalo prolongado entre el desarrollo de la denuncia por tentativa de hurto en residencia, y el robo agravado del presente caso, que se efectúa un año más tarde.

El imputado niega haber portado o poseído arma de fuego, y afirma que la incesante incriminación a su persona, por los delitos mencionados, sin respaldo probatorio, se debe a mala fe de los agentes policiales que buscarían dañarlo.

#### **1.2.5. Dictamen Fiscal**

Con fecha 27 de diciembre de 2010, la 34.<sup>a</sup> Fiscalía Provincial Penal de Lima emite Dictamen con los siguientes considerandos:

### ❖ **Hechos imputados al procesado**

Con fecha 04 de noviembre de 2010, con el pretexto de averiguar una dirección, interceptó a la agraviada Speziali de Nuñez con el fin de despojarla de su pulsera de oro, tres aros de oro de color rosado, amarillo y blanco valorizados en la suma de \$ 1000 (dólares americanos), mediante amenazas de muerte al mostrarle un arma de fuego (pistola) que tenía debajo del cinto de su pantalón.

Posteriormente, la agraviada se dirigió a la Comisaría Santa Felicia a interponer la denuncia y dar las características físicas del procesado, observando en dicha instalación policial al procesado, quien se encontraba detenido por el delito de hurto en residencia en grado de tentativa. La agraviada reconoció en el procesado mencionado al autor del robo de sus pertenencias, procediendo a realizar el Acta de Reconocimiento Físico, junto a la menor (hija de la agraviada).

### ❖ **Diligencias actuadas**

**A nivel policial** se tiene la **declaración preventiva de la agraviada Catherine Speziali de Nuñez** que refiere que el día de los hechos fue víctima del robo de su pulsera y anillo de oro, mediante la amenaza de muerte con arma de fuego que el imputado tenía debajo de su polo de color negro.

**A nivel judicial** obra la **preventiva de la agraviada Catherine Speziali de Nuñez** quien refiere que el día de los hechos, el procesado, con pretexto de indagar por una dirección se le acercó con la finalidad de despojarla de su pulsera y anillos, para lo que la amenazó de muerte enseñándole una pistola que portaba debajo del saco que llevaba puesto. La agraviada, se dirigió luego a la comisaría a denunciar los hechos.

Al día siguiente, la víctima recibe una llamada de la comisaría, porque habían capturado a un sujeto con las características del que la asaltó, por lo que se constituyó a la comisaría donde reconoció al procesado como el autor de los hechos en su agravio, pero no recuperó sus joyas.

La **instructiva del procesado Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés**, quien refiere que el motivo de su detención, el día de los hechos, es el intento de hurto en una residencia. Que fue coaccionado por la policía al pago de suma de dinero para evitar las complicaciones en su caso. Y que se encuentra recluido en el penal por que al cometer el delito mencionado (en grado de tentativa) incurrió en la agravante de reincidencia. Desconoce, además, los motivos de la imputación de robo agravado con arma de fuego, un año después, pues niega poseer arma y haber frecuentado el lugar donde se realizó el asalto a la agraviada.

❖ **Diligencias no actuadas**

- No se recabó los antecedentes penales, judiciales y policiales del procesado.
- La agraviada no ha acreditado la preexistencia de los bienes sustraídos.
- No se recibió la testimonial de la menor Lisa Nuñez Speziali, hija de la víctima, tampoco las de Ana María Peña Enciso y Sandra Roxana La Torre Walters, estas últimas, respecto a la propiedad y alquiler del vehículo en el que se desplazaban el imputado y su acompañante Ricardo Costa.

**1.2.6. La defensa solicita variación de mandato de detención y expone sus consideraciones.**

Con fecha 05 de enero de 2011, el abogado defensor somete a consideración del Juez, lo siguiente:

- a) La presunta agraviada no ha demostrado la pre-existencia de las joyas supuestamente sustraídas.
- b) El intento doloso de la Policía por atribuir al imputado la responsabilidad del robo agravado. Esto se observa del irregular registro de la manifestación de la supuesta agraviada, al día siguiente de la denuncia, a quien ya se le preguntaba por el nombre del imputado antes de su reconocimiento físico, mientras que, en paralelo y a la misma hora, se tomaba la manifestación al presunto autor. Por tanto

- se habría incurrido en parcialización, mala investigación y abuso de autoridad de parte del personal policial.
- c) La deficiente investigación policial, que, a pesar de haber efectuado actas de registro personal de hallazgo y recojo en el caso de hurto en residencia (en grado de tentativa) cometido por el mismo imputado el mismo día y minutos después del robo agravado, y no habiendo encontrado ni joyas ni arma de fuego, atribuyó la responsabilidad al imputado.
  - d) Los casos fueron remitidos a diferentes órganos jurisdiccionales a pesar de haber sido cometidos (presuntamente) por el mismo autor el mismo día y minutos adyacentes, lo que ha ocasionado que se abra instrucción por el delito de robo agravado después de 6 meses, de manera malintencionada.
  - e) No se ha realizado ningún Dictamen Pericial al presunto autor, respecto de la posesión del arma de fuego.
  - f) Existen contradicciones en la declaración preventiva de la supuesta agraviada, respecto a la forma como sucedieron los hechos en el presunto robo agravado.

### **Otras consideraciones de la variación del Mandato de Detención**

Con fecha 06 de enero de 2011, con base a los antecedentes mencionados, la defensa solicita la variación de detención por el de Mandato de Comparecencia, de conformidad con el Art. 135° del CPP de 1991 concordado con el Art. 143°, y con los Arts. 1°, 2° y el inc. 3 del Art. 139° de la Constitución Política, con los siguientes fundamentos:

- a) La aplicación de la medida coercitiva de naturaleza personal debe considerar los principios de: Necesidad, Proporcionalidad, Legalidad, Provisionalidad, y Prueba Suficiente.
- b) No hay prueba suficiente sobre el delito, tampoco sobre la vinculación del imputado con el delito.
- c) La ausencia de pruebas del delito y su comisión, impiden que el Juez realice todo un análisis de las mismas, por tanto, tampoco una prognosis válida.

- d) No existe peligro procesal, porque el imputado cuenta con domicilio conocido, familia, y trabajo que le permite reinsertarse a la sociedad. Sobre todo, nunca ha pretendido perturbar la actividad probatoria, por encontrarse recluso en el Penal de Aucayama desde el 22 de Julio de 2010; y tampoco es criterio suficiente para establecer la intención de eludir la justicia, la pena prevista en la Ley para este delito.

Por ello, citando **Jurisprudencia**, expresa que: «ante la ausencia de uno de los supuestos para ordenar el mandato de detención procede apertura el proceso con orden de comparecencia» (Distrito Judicial de Puno Exp. 98-174. Sentencia del 01.06.99).

### 1.2.7. Resolución de improcedencia de variación de la detención

Con fecha 18 de enero de 2011, el 34° Juzgado de Lima, atendiendo a:

**Primero:** la articulación del mecanismo citado en el Art. 135° del Código Procesal Penal se encuentra limitado a la potestad del Magistrado que debe fundarse en nuevos actos de investigación que pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida coercitiva personal impuesta, y que por tanto esta deviene en injustificada e innecesaria para los fines de la investigación.

**Segundo:** que con fecha 04 de noviembre de 2009 a las 17:00 hrs. el imputado se acercó a la agraviada, con el pretexto de averiguar una dirección, pero para finalmente despojarla de sus pulsera de oro, tres aros de oro color rosado amarillo y blanco, valorizado en \$1000.00 (Dólares americanos) mediante la amenaza de muerte con un arma de fuego que llevaba en el cinto del pantalón. Hecho que, posteriormente, fue objeto de denuncia en la Comisaría Santa Felicia, donde además brindó las características físicas del procesado. Luego se citó a la agraviada a la Comisaría, donde reconoció al procesado, como el asaltante, por lo que se procedió a realizar el Acta de Reconocimiento Físico por parte de la agraviada y su menor hija, en presencia del Representante del Ministerio Público, en tanto que el procesado negó las imputaciones en su contra.

**Tercero:** el imputado niega los hechos que se le imputan y haber frecuentado el lugar en que se realizaron. Afirma haber sido chantajeado por los policías para evitarle complicar su caso. Reitera, además, que el motivo de su detención fue su reincidencia delictiva luego de un intento de hurto en una residencia, y que al día siguiente fue objeto de reconocimiento por una señora (agraviada), caso por el que, sorpresivamente, se le abre instrucción un año más tarde.

**Cuarto:** los argumentos de la defensa son insuficientes en sí mismos para desvirtuar los elementos probatorios que vinculan al imputado con el delito materia de instrucción, como es el reconocimiento físico por la agraviada, tampoco para replantear la prognosis de pena, que supera el año, pues es preciso erradicar los actos violentos de la sociedad.

Respecto al peligro procesal, el imputado no cuenta con domicilio cierto, arraigo familiar ni social, como se observa de la inexactitud de la referencia domiciliaria brindada, y su actividad laboral en la pesca y el servicio de taxi que compagina con la actividad delictiva contra el patrimonio.

Declara **IMPROCEDENTE** la solicitud de variación de la detención dictada contra el imputado.

#### **1.2.8. La defensa apela la resolución que declara improcedente la variación de detención**

Con fecha 07 de febrero de 2011, la defensa impugna los fundamentos de la resolución en los extremos siguientes:

- a) No hay suficientes elementos que acrediten la responsabilidad del recurrente en los hechos ilícitos investigados.
- b) Se pretende sustentar la resolución en base a la sola sindicación de la presunta agraviada, sin merituar debidamente las declaraciones policiales de los procesados.
- c) La declaración vertida por la supuesta agraviada el 05 de noviembre de 2009 difiere de la vertida posteriormente y registrada en el Dictamen

Fiscal del 27 de diciembre de 2010, respecto del color del polo del delincuente y de su contextura física.

- d) El procesado fue denunciado media hora después del supuesto robo de las joyas; tiempo en el que aquel habría cometido el segundo delito (intento de hurto en residencia). En ambos casos usando modalidades distintas: en la calle, a pie y con arma de fuego en el primero, y apoyándose de un vehículo, un cómplice, usando desarmadores en el segundo; de donde se podría concluir que el procesado no pudo ser el responsable.
- e) La agraviada no ha cumplido con acreditar la preexistencia de lo supuestamente robado, lo que pone en tela de juicio el valor de lo supuestamente robado, y que no ha sido considerado por el Juez.
- f) El procesado ha negado en todo momento los cargos imputados.

Respecto al **arraigo domiciliario y laboral** refiere:

- g) El imputado se ha desempeñado como pescador artesanal ayudante en la chalana “María Eugenia”; así lo hace constar la declaración jurada del propietario. Además, se desempeña como taxista, cuando la pesca es escasa; así lo hacen constar los contratos de alquiler de vehículos que obran en autos.
- h) La razón por la que el imputado ofrece una dirección distinta a la de su residencia actual, es porque esta se encuentra demasiado alejada para fines del trámite del proceso, y aquella, más cercana, es en la que reside su madre Emilia Avilez.
- i) El imputado acredita notarialmente domicilio conocido, en donde reside junto a su esposa (conviviente) y sus menores hijos, como hace constar con partidas de nacimiento y libretas escolares del Centro educativo perteneciente a su zona de residencia: el balneario de Ancón.

Se ha vulnerado los principios de razonabilidad y objetividad al momento de merituar los medios probatorios, pues no hay elementos probatorios que permitan desvirtuar o señalar que lo indicado por la agraviada es cierto: que el imputado es autor del evento delictivo; al contrario, se

observan contradicciones en las declaraciones de la agraviada, la misma que no ha acreditado la preexistencia de las joyas robadas ni su valor económico.

- ❖ Con fecha 02 de febrero de 2011, se declara **improcedente** la apelación interpuesta por la defensa, por extemporánea.

### **1.2.9. Informe final**

#### ***De los hechos***

Se tiene que, con fecha 04 de noviembre de 2009, el procesado Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés, con el pretexto de averiguar una dirección, se aproxima a la víctima Catherine Speziali Nuñez, con la finalidad de obligarla a entregar su pulsera de oro, tres aros de oro de color rosado, amarillo y blanco, valorizado en \$1000.00 dólares americanos; esto mediante la amenaza de muerte con un arma de fuego que portaba en el cinto de su pantalón.

Minutos después, la víctima procedió a formular la denuncia y brindar la descripción física del perpetrador. Al día siguiente, citada por la policía, advirtió que el autor del robo de sus joyas se encontraba detenido en aquella misma comisaría, por lo que se procedió a realizar el Acta de Reconocimiento Físico por parte de la agraviada y su menor hija.

#### ***De las diligencias***

Las **diligencias solicitadas** por el Ministerio Público y el Poder judicial consisten principalmente en las declaraciones del imputado; las testimoniales de la agraviada y su menor hija, las propietarias del vehículo alquilado por el imputado; la emisión del certificado de antecedentes policiales y judiciales del imputado y el trazo de embargo preventivo sobre los bienes del mismo.

Las **diligencias practicadas** en la etapa de investigación judicial, consisten en la **declaración preventiva** de la agraviada, la **declaración**

**instructiva** del procesado y el recabo de los **antecedentes judiciales** del procesado.

Finalmente no se recabó los antecedentes policiales ni penales del procesado. Tampoco se cumplió con acreditar la preexistencia de ley respecto a las joyas por cuya sustracción se reclama.

### ***Situación jurídica del procesado***

El procesado se encuentra con mandato de detención e internado en Establecimiento Penitenciario desde el 15-10-10; y sobre sus bienes existe una medida de embargo.

- ❖ Con fecha 28 de abril de 2011, el 34° Juzgado Penal con reos en cárcel de Lima, **eleva la causa** a la 1ª Sala Penal para procesos con reos en cárcel.

### **1.2.10. Acusación Fiscal**

Recibida la causa por la Sala Penal y luego del traslado al Fiscal Superior, éste se pronuncia porque **hay mérito para pasar a juicio oral**, en base a las siguientes consideraciones:

#### **a) Hechos materia de investigación**

Con fecha 04 de noviembre de 2009, el imputado, con el pretexto de indagar sobre una dirección, amenaza de muerte a la agraviada, mediante la amenaza de muerte al mostrarle un arma de fuego (pistola) que llevaba debajo del cinto del pantalón, con el fin de obligarla a entregarle su pulsera de oro, tres aros de oro color rosado, amarillo y blanco, valorizados en \$1000.00 (dólares americanos).

## **b) Fundamentación fáctica y jurídica del caso**

El principio de legalidad prescrito en el Art. 2° inc. 24) acápite “d” de la Constitución Política se eleva como una importante garantía jurídica ante la actividad represiva del Estado; desde aquí, es preciso determinar si el hecho constituye delito, mediante el examen de sus elementos integrantes: la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

### ***Los medios de prueba***

- Manifestación policial de la agraviada Catherine Speziali de Nuñez, del imputado Jorge Luis Cabrera Aviles; el acta de reconocimiento físico realizado por la agraviada y su menor hija Lisa Nuñez Speziali.
- La hoja de antecedentes policiales de Jorge Luis Cabrera Aviles, y la hoja de requisitorias del mismo.
- Declaración preventiva de la agraviada, y la declaración instructiva del procesado Jorge Luis Cabrera Aviles, así como la hoja de ingresos y egresos del distrito Judicial de Lima del procesado.

## **c) La incriminación**

El delito fue consumado, por cuanto el agente logró apoderarse de los bienes con *animus lucrandi* sustrayéndolo de la esfera de custodia de la agraviada, mediante el uso de la amenaza con arma de fuego, teniendo la oportunidad real de disponer de los mismos, máxime aun si los bienes materia del delito no han sido recuperados por la agraviada, conforme a los fundamentos de la incriminación, siguientes:

- El imputado rechaza las acusaciones, refiere haber estado en lugar distinto al lugar del robo. Sin embargo se contradice al referir luego, que se encontraba en dichas inmediaciones, junto a un amigo de nombre Ricardo Acosta.
- El imputado refiere que el motivo de su intervención fue por otro delito (hurto en grado de tentativa) y que el presente caso fue armado por los policías.

- De lo anterior y confrontado con las declaraciones coherentes de la agraviada que sindicaron al procesado como autor del delito del robo de sus joyas, cabe indicar que el imputado intenta perjudicar la actividad probatoria y evadir el accionar de la justicia.
- Debe desestimarse el alegato del imputado respecto al desconocimiento de los motivos por los que la agraviada lo sindicó como el autor del robo, teniendo en cuenta la descripción física hecha por la agraviada y su hija, que coincide con las características físicas del procesado.
- El delito fue consumado cuando el imputado sustrajo ilegítimamente el bien, de la esfera de custodia de la agraviada a fin de obtener provecho, mediando además grave amenaza a la vida al amenazarla con una pistola. Los bienes no fueron recuperados; el imputado tuvo la posibilidad real de disponer libremente de los bienes robados, en el transcurso del tiempo desde la comisión del delito hasta su captura mientras cometía un nuevo delito.
- Se deduce que el agente actuó con total dominio del hecho delictivo mediante amenaza con arma de fuego que incrementa la capacidad de agresión del agente y reduce la capacidad de resistencia de la víctima. Este hecho fue afirmado por la víctima y su menor hija, pero negado por el imputado; por tanto, el agravante tipificado en el inc 3 del Art. 189° del Código Penal queda satisfecho.
- De los antecedentes policiales y judiciales, que demuestran delitos precedentes contra el patrimonio, se concluye que el procesado suele realizarlos, por lo que su actuar reincidente en la comisión de ilícitos dolosos como su *modus vivendi* lo colocan dentro de la condición señalada en el Art. 46° B del Código Penal, no habiendo eximente alguno (Art. 20° del Código Penal). Por todo lo expuesto, hay **mérito para pasar a juicio oral.**

#### d) Fundamentación de la pena

Es preciso tener en cuenta los criterios para la determinación de la pena y las circunstancias personales del imputado desde lo señalado en los Arts. 45° y 46° del Código Penal. En este sentido, observamos que el

procesado no ha colaborado con la actividad probatoria, sino que la ha perjudicado. De sus antecedentes judiciales se concluye que la función de rehabilitación y reinserción a la sociedad que la pena persigue, no se ha realizado en el imputado, pues persiste en la comisión de actos delictivos, por lo que corresponde imponerle una pena mayor.

#### **e) Fundamentación de la reparación civil**

La reparación es determinada desde los efectos producidos por una actividad penalmente relevante, indemniza los daños y perjuicios tanto los materiales como los morales.

Para la reparación en el delito contra el Patrimonio (robo agravado), de carácter pluriofensivo, debe considerarse el daño causado, la forma y circunstancia de la materialización de los hechos materia de juzgamiento, y se determinará conjuntamente con la pena conforme al Art. 92° del Código Penal.

#### **f) Pronunciamiento fiscal**

De lo expuesto, se encuentra acreditada la comisión de los delitos instruidos y la responsabilidad del inculpado. De las diligencias actuadas, pruebas aportadas y la instrucción, de conformidad con lo preceptuado en el inc. 4 del Art. 92 del Decreto Legislativo N° 052 LOMP, se **FORMULA ACUSACIÓN SUSTANCIAL** contra Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés y se solicita:

- **Pena** de doce años de pena privativa de libertad.
- **Reparación civil** de cinco mil nuevos soles a la agraviada.

La **Instrucción** fue regularmente llevada, y se **solicita** la realización de los siguientes **actos en audiencia**:

- Se recepcione la declaración preventiva de la agraviada y demuestre la preexistencia de los bienes.
- Se practique la respectiva valorización de los bienes.
- Se recabe la declaración testimonial de la hija de la agraviada.

### 1.2.11. Control de Acusación.

Con fecha 27 de julio de 2011 la Primera Sala Penal con Reos en Cárcel, procede al control de la Acusación Fiscal y declara: **HABER MERITO PARA PASAR A JUICIO ORAL**, contra el acusado.

El Acuerdo Plenario N° 06-2009/CJ 116 especifica los requerimientos de la **Acusación Fiscal**; su control corresponde realizarla al órgano jurisdiccional sin mengua del principio de contradicción y la garantía de la tutela jurisdiccional.

El Fiscal Superior, en orden al Art. 225° del Código Penal ha cumplido con señalar los hechos y el título materia de imputación referidos a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito y a la forma de autoría y participación criminal, asimismo con haber identificado a los imputados, fundamentado fácticamente, descrito el modo preciso, concreto y claro de los hechos atribuidos a los imputados, señalado el monto de la indemnización civil, y ofrecido los medios de prueba.

Y estando a los fundamentos de derecho en la **Apertura de Instrucción**, corroborados en la acusación, que imputa al acusado **Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés** la comisión del delito contra el Patrimonio en la modalidad de **Robo Agravado** (Art. 189 inc. 3) en contra de Catherine Christiane Speziali de Núñez; **DECLARARON: HABER MÉRITO PARA PASAR JUICIO ORAL** contra el acusado (procesado en cárcel) por la comisión del delito en cuestión y señala fecha para el inicio del juicio oral.

Luego de disponer la debida notificación a las partes y el recabo de los antecedentes policiales y judiciales del acusado, declararon **inadmisibles** las peticiones del Ministerio Público respecto de las pruebas que se pretenden con una nueva declaración de la víctima y la de su menor hija, así como la que solicitaba la pericia de valorización de los bienes, debido a que el Ministerio Público omitió indicar la pertinencia y aporte que se pudiera obtener de dichas diligencias, sin perjuicio de su admisión al inicio del juicio oral, cuando dichas omisiones fueran subsanadas.

### **1.2.12. La defensa solicita declaración de personas**

La defensa, solicita la declaración de Hilmer Linarez Días, el encargado del edificio donde se capturó al imputado por intento de hurto en dichas instalaciones. Del mismo modo, se solicita la declaración del SOT 1° PNP Miguel Félix Olazabal y el personal de Serenazgo de la Municipalidad de la Molina, con el fin de esclarecer lo siguiente:

- a) El imputado no intenta evadir su responsabilidad en el presente caso cuando alega que el motivo de su prisión vigente se debe a su captura por el delito de hurto en grado de tentativa efectuado el mismo día y hora de los hechos materia del presente caso, y que consta en el atestado policial N° 121-09-VII-DIRTERPOL-DIVTER-ESTE-2-CSF-DEINPOL de fecha 05 de noviembre de 2009.
- b) La descripción que hace la víctima de los rasgos físicos del asaltante, no coincide con los rasgos físicos del imputado.
- c) La actuación policial fue arbitraria, pues la descripción física del asaltante se realizó a la vez que el reconocimiento físico, mientras el presunto autor era inquirido en las instalaciones de la comisaría.
- d) El imputado no puede haber estado en dos actos delictivos simultáneamente.
- e) La supuesta agraviada no ha demostrado documentalmente la preexistencia de las joyas supuestamente sustraídas.
- f) No hay un dictamen pericial respecto del uso de arma de fuego por parte del imputado, lo que permitiría deslindar la responsabilidad sobre la posesión y uso de arma de fuego en el hecho delictivo en cuestión.

## **II. ETAPA DE JUZGAMIENTO**

### **2.1. Audiencia oral – sesión 1**

Con fecha 22 de octubre de 2011, el colegiado admite el nuevo elemento probatorio consistente en la declaración de la víctima Catherine Spezialli de Nuñez y la menor Lisa Nuñez Spezialli, además, que la víctima acredite la preexistencia de los bienes sustraídos; y declara inadmisibles las solicitudes de

de declaración del efectivo policial Miguel Félix Olazabal, quien participó en la captura del imputado por el delito de tentativa de hurto en domicilio, ocurrido el mismo día de los hechos del presente caso.

El Ministerio Público llevó a cabo una exposición sucinta de los cargos contenidos en el Dictamen Acusatorio N° 342-2011 de fecha 20 de mayo de 2011, de conformidad con lo establecido en el Art. 243 del CP num. 1, modif. por el Art. 1° del D.Leg N° 959.

Se pregunta al **acusado** acerca de su responsabilidad en el presente caso y si decide acogerse a los beneficios de la Ley de Conclusión Anticipada del Proceso (Ley N° 28122), de ser afirmativa. A lo que él responde declarándose **inocente**.

El imputado se reafirma en sus declaraciones. Se responsabiliza por el intento de hurto en domicilio, el que llevó a cabo en las inmediaciones del lugar y a la hora en que se le atribuye el robo de las joyas a la víctima. Niega, además, cualquier posesión de arma de fuego. Refiere que es falsa la afirmación de la policía en el atestado, que asevera que tanto él como la víctima coincidieron en la comisaría el mismo día de los hechos y de la detención. Concluye, entonces, que la intervención policial ha sido deficiente y sesgada.

**Preguntado por la defensa** acerca de la oportunidad en que conoce a la víctima, el acusado refiere que es falso que la haya conocido en la comisaría el mismo día de los hechos y de la denuncia (como se registra en el atestado policial), pues la víctima no se encontraba en la comisaría.

Además, afirma que el reconocimiento físico se realizó el 5 de noviembre de 2009 a las 16:00 horas, es decir, al día siguiente de los hechos y de la denuncia; y que sin embargo, existe una manifestación de la víctima a las 13:15 horas donde dice haberlo reconocido.

**Preguntado por el señor Presidente**, el imputado reconoce sus antecedentes penales y se excusa en la necesidad económica surgida de la atención a sus hijos. Niega que el hurto sea su modo de vida, y calla

cuando se le pregunta por su declaración inicial donde aseguró que la finalidad de su presencia en el condominio ajeno, no era el hurto.

Además, afirma que su captura por la tentativa de hurto en domicilio se llevó a cabo a las 6:00 pm, hora en la que él es trasladado a la comisaría donde lo colocan frente a la víctima

## 2.2. Continuación de la audiencia oral

Con fecha 24 de noviembre de 2011, se lleva a cabo la sesión N° 4.

**La defensa** ofrece la Declaración Testimonial de doña Ana María Peña Enciso; petición que el Colegiado declara **inadmisible por extemporáneo**, y que será resuelta oportunamente, de conformidad al Art. 189° del Código Procesal Penal.

**Interrogada** la víctima Catherine Christiane Speziali de Núñez, se reafirmó en sus declaraciones iniciales: que fue asaltada por una persona de contextura gruesa y estatura alta, que con el pretexto de averiguar una dirección la despojó de sus joyas valorizadas en aprox. \$1000.00 (dólares), mediando amenazas de muerte con un arma de fuego y balas que tenía en la cintura. Corrobora las características físicas del imputado brindadas desde el principio; afirma haberlo visto tres veces en la comisaría, por lo que considera poderlo reconocer aun.

**Interrogada** la hija de la víctima, la menor Lisa Núñez Speziali, reitera su versión junto a la de la víctima, respecto del asaltante en sus características físicas y los detalles del acto delictivo.

### ❖ Acusación Oral del Ministerio Público.

El Fiscal superior expone su Acusación y confirma el relato de la víctima. Afirma que el acusado Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés cometió el robo agravado de las joyas de Catherine Christiane Speziali de Nuñez.

Corrobora la incriminación con las manifestaciones policiales de la agraviada, el Acta de Reconocimiento, la reafirmación de las piezas procesales como válidas y contundentes, así como la declaración

detallada y coherente de la forma del acto delictivo, que se realizó mediante la amenaza de muerte con arma de fuego.

Es evidente la comisión del delito por parte del acusado, por lo que la Fiscalía acusa a Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés como autor del delito contra el Patrimonio – Robo agravado en agravio de Catherine Christiane Christiane Speziali de Nuñez, solicitando se le impongan **doce años** de pena privativa de la libertad y se fija la suma de **Cinco mil nuevos soles** de Reparación Civil a abonar a favor de la agraviada.

### 2.3. Alegatos Orales de la Defensa.

Con fecha 28 de noviembre de 2011, se desarrolla la quinta sesión. Reunida la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima; presentes las partes, se invita al abogado del acusado a oralizar sus alegatos:

El abogado defensor procura hacer notar la incongruencia en las declaraciones de la víctima respecto a las características físicas cotejadas del autor del robo y el imputado; además observa que las características del hecho son poco probables ante la afluencia de personas en dicha zona, además de no habersele robado también la cartera y el celular.

Considera que la valorización de las joyas robadas adolece de objetividad por no haberse acreditado la preexistencia de las joyas supuestamente robadas.

Da a entender que el lapso de tiempo entre el robo de las joyas y el intento de hurto en domicilio es reducido, y debido a que es encerrado en dicho domicilio, es probable su autoría sólo en el segundo delito; además de que si contaba con arma de fuego podría haberla usado para amedrentar a su captor.

Por lo expuesto, solicita se absuelva al procesado por insuficiencia de pruebas.

## **Defensa material del acusado**

Coincide con el alegato de su abogado defensor, y niega haber sido el autor del robo que se le imputa.

### **2.4. Sentencia**

Cumplidos los debates orales, se procede a las deliberaciones tomando en cuenta las conclusiones del Ministerio Público y la defensa, procediéndose a emitir la **SENTENCIA CONDENATORIA** que contiene las siguientes consideraciones:

#### **2.3.1. Descripción general de la imputación Fiscal**

##### ***Hechos desencadenantes***

Con fecha 04 de noviembre de 2009, el imputado, con el pretexto de indagar por una dirección, se acercó a la víctima y su menor hija, con el propósito de despojarla de sus joyas valorizadas en la suma de mil dólares americanos.

Luego del hecho, la víctima se aproximó a la Comisaría local para interponer la denuncia correspondiente, donde luego toma conocimiento de que el acusado había sido intervenido como consecuencia de su participación en otro evento delictivo.

#### **2.3.2. Declaraciones del procesado**

En una primera versión, el acusado niega haber hurtado las joyas a la víctima, y asevera que se encontraba en las inmediaciones del lugar del robo, porque se encontraba en compañía de su amigo Ricardo Acosta a punto de recoger a dos amigas. Ya en una segunda versión, afirma que fue intervenido por intentar hurtar en un domicilio en tales inmediaciones.

### 2.3.3. Delito imputado y pena solicitada

El Fiscal Superior acusó al imputado como autor del delito de Robo agravado y solicitó se le imponga la pena de **doce años** de pena privativa de la libertad y el pago de **cinco mil nuevos soles** por concepto de Reparación Civil.

### 2.3.4. Delimitación típica

#### a) Robo agravado

Consiste en el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble total o parcialmente ajeno, mediante violencia, con la finalidad de obtener provecho patrimonial; tal como sucedió en el presente caso, cometido mediante mano armada.

#### b) Bien jurídico protegido

Complejo por naturaleza, pues se lesionan bienes de naturaleza heterogénea: libertad, integridad física, la vida, el patrimonio, entre otros, indisolublemente vinculados, formando un todo homogéneo; elementos cuya separación parcial destruiría el tipo (Corte Suprema de Justicia de la República, 2004, *Ejecutoría Suprema recaída en el Exp. N° 253-2004 - Ucayali*).

#### c) Agente

Persona natural distinta al propietario exclusivo del bien, pues este debe ser total o parcialmente ajeno.

#### d) Tipicidad subjetiva

El robo agravado comporta dolo directo, cuyo ingrediente cognitivo-volitivo requiere conocimiento por parte del agente, que está haciendo uso de violencia o amenaza —grave— sobre la persona, y actuar bajo tal contexto de acción, usando dichos medios para el apoderamiento del bien mueble, con la intención de sacar provecho o lucro del bien sustraído.

### **e) Antijuricidad**

La conducta del Robo Agravado será antijurídica cuando no concorra alguna circunstancia prevista en el Art 20° del Cód. Penal que exima o disminuya la responsabilidad.

### **f) Culpabilidad**

Para establecer la culpabilidad se precisa verificar la imputabilidad, si no hay anomalía psíquica, o minoría de edad; luego, si el agente tenía conciencia de la antijuricidad de su conducta. Además, verificar si el agente tuvo la posibilidad de actuar de modo distinto y no perpetrar el robo.

### **g) Consumación**

Habrá conducta punible de Robo Agravado consumado cuando el agente ha logrado apoderarse del bien mueble, y tiene la posibilidad real o potencial de disponer libremente del mismo.

### **h) Circunstancias agravantes**

#### **Hecho cometido a mano armada**

Se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma, para el ataque o defensa, al momento de apoderarse del bien mueble de la víctima; siendo suficiente haber mostrado el arma con el propósito de demostrar la peligrosidad y atemorizar a la víctima para reducir la resistencia.

### **2.3.5. Valoración de la prueba**

La valoración de pruebas de cargo y descargo actuadas en el Juicio Oral deben arribar a la convicción judicial respecto a la realidad del hecho enjuiciado y la responsabilidad del procesado, de modo que, una vez descartada toda duda razonable planteada en la actividad probatoria, se enerve la presunción de inocencia, que como derecho fundamental del procesado, debe respetarse durante el proceso.

Así, dentro de los alcances de la Acusación Fiscal, ha podido establecerse lo siguiente:

**De la situación jurídica del procesado:**

- a) El acusado, a lo largo del proceso, ha negado ser autor del robo imputado, pues este se realizó en horas en que el imputado era intervenido en el interior de un inmueble en inmediaciones del lugar del robo.
- b) Por otro lado, está la Manifestación e Instrucción de la víctima quien alega que el 4 de noviembre de 2009 a las 17:00 horas, fue abordada por el acusado, quien, con el pretexto de indagar por una dirección, se le acercó para despojarla de sus joyas valorizadas en mil dólares americanos, mediante la amenaza de muerte, para lo que le mostró una pistola que llevaba bajo el cinto del pantalón. Luego de lo cual se dio a la fuga.
- c) Del acta de reconocimiento físico de persona, se tiene que al día siguiente del robo (5 de noviembre de 2009) la agraviada es comunicada del arresto de un sospechoso con las características que ella había descrito.
- d) Del Acta de Reconocimiento de Persona, se tiene que la hija de la víctima, la menor Lisa Nuñez, reconoce al acusado como el autor del robo mediante amenaza con arma de fuego, que habían sufrido el 04 de noviembre de 2009 a las 17:00 hrs
- e) Lo declarado a nivel de Juicio Oral por la hija de la víctima, la menor Lisa Nuñez quien manifiesta que el 04 de noviembre de 2009 a las 17:00 hrs. el acusado las interceptó para robar las joyas a su madre, mediante la amenaza con arma de fuego.

Para el análisis correspondiente se partirá del hecho de la manifestación de la agraviada y su menor hija, quienes han reconocido plenamente al acusado como autor del robo en su agravio. Sindicación y reconocimiento que cuentan con total entidad para ser considerada como **prueba válida de cargo**, en consecuencia, enerva la presunción de inocencia que asiste

al acusado, toda vez que en los mismos no se advierten razones objetivas que los invaliden.

No se ha logrado determinar que entre la agraviada (o también su menor hija) y el acusado existan relaciones de odio o resentimiento que la motiven, sino que, a pesar del robo, lo es el temor de que el acusado cause daño a otras personas, por encontrarse armado.

El dicho de la agraviada ha sido corroborado por la declaración de su menor hija, en cuanto al modo y circunstancias del robo sufrido.

La sindicación al acusado, se ha realizado desde la etapa policial hasta el juicio oral; la agraviada y su menor hija manifiestan que mantienen los recuerdos vividos, a pesar de haber transcurrido más de dos años de lo ocurrido.

El dicho exculpatorio del acusado ha sido desvirtuado, en el extremo en que es posible haber cometido el robo a las 17:00 horas y hallarse a las 17:30 horas en el interior del domicilio de Hilmer Linares, por la corta distancia entre el lugar del robo y dicho domicilio.

El alegato del acusado sobre las inconsistencias en las declaraciones de la víctima no son advertidos por el Colegiado en vista, más bien, de la uniformidad y persistencia en las declaraciones, además de la precisión de los detalles en sucesivas declaraciones que hacen más consistente el relato de los hechos.

### **2.3.6. De la determinación de la pena**

Habiéndose determinado la culpabilidad del procesado y desvirtuado la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, la Sala pasa a individualizar la pena, desde la legalidad, el grado de responsabilidad y gravedad del hecho

En relación al acusado **Jorge Luis de Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés** se ha establecido su responsabilidad en el delito de **Robo**

**Agravado** tipificado en el Art. 189° CP y el Art. 23° CP que establece el nexo consecuente.

El procesado registra antecedentes de condena por la comisión de hechos de similar naturaleza, lo que demuestra su proclividad a la comisión de dichos ilícitos.

### **2.3.7. De la reparación civil**

Se precisa cuantificar el daño ocasionado, considerando las circunstancias como fue cometido el delito y el perjuicio ocasionado a la víctima, en orden a reparar los daños y perjuicios según lo dispuesto en el Art. 92° y 93° del CP.

### **2.3.8. Fallo**

Se falla **condenando** a Jorge Luis de Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés en calidad del autor del delito contra el Patrimonio – Robo agravado en agravio de Catherine Christiane Speziali de Núñez; **imponiéndole** doce años de pena privativa de la libertad que vencerá el 14 de octubre de 2022y el pago de **S/. 5000.00** nuevos soles por concepto de **Reparación Civil**.

### **Lectura de Sentencia e Impugnación**

Concluida la lectura del fallo condenatorio, el Sentenciado, previa consulta con su abogado defensor, **Interpone recurso de Nulidad de la Sentencia**, mientras que el Representante del Ministerio Público se reserva el derecho de recurrir la misma; por lo que el Colegiado dispone tener por interpuesto el recurso y que debe ser fundamentado en el plazo de Ley.

### III. RECURSO DE NULIDAD

#### 3.1. Formalización del Recurso de Nulidad

Interpuesto con fecha 07 de diciembre de 2011, según los siguientes fundamentos:

##### 3.1.1. Fundamentos de hecho y jurídicos

**Primero:** El acusado es sentenciado a 12 años de pena privativa de libertad y al pago de S/. 5000.00 nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada.

**Segundo:** La condena se ha expedido sin haberse demostrado fehacientemente la responsabilidad del patrocinado, resultando injusta, arbitraria y carente de motivación.

**Tercero:** La justicia de una sentencia será la que se emita orientada por la juricidad, lógica, razón y experiencia para su validez, encauzada a los fines del derecho, que aseguren paz y armonía social. Así, ella es garantía de vida social y fundamento de la convivencia humana.

**Cuarto:** Faltando al art 139° de la CPE, la Sentencia adolece de una deficiente argumentación, pues no se ha hecho referencia a ninguno de los argumentos de defensa expuestos. Falta al debido proceso, por haberse emitido sin una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valorización jurídica de ellas.

**Quinto:** El proceso, llevado a cabo faltando las garantías procesales y constitucionales aludidas, resulta en un mero documento formal consecuencia de un proceso injusto.

##### 3.1.2. Análisis de la prueba actuada

La prueba, como institución de mayor importancia, constituye la suma de motivos que producen certeza al juzgador para dictar sentencia.

Se impone la necesidad del análisis de las pruebas que habrían permitido responsabilizar al inculpado, la comisión del delito.

### **Primero: Testimoniales contradictorias**

La prueba testimonial que resulte de la declaración del testigo como agente presente en el momento del hecho delictivo reviste capital importancia, por lo que amerita su análisis desde la que emerge en la etapa de investigación preliminar hasta la instructiva y juicio oral en torno al Robo Agravado de Catherine Christiane Nuñez Speziali, en línea al Título V – Art. 143° C de PP.

Del atestado policial de fecha 28 de abril de 2010, se tiene que, con fecha 03 de noviembre de 2009 a las 17:00 hrs., Christiane Speziali declara que un sujeto se le acerca con el pretexto de indagar por una dirección, y mostrándole un arma debajo del cinto del pantalón, la amenaza de muerte con el fin de despojarla de sus joyas valorizadas en \$ 1000.00 dólares americanos, para luego huir con dirección desconocida. La agraviada no menciona detalles de la amenaza con el arma de fuego, lo que podría entenderse como solo un acto de pensamiento o de temor de la agraviada, debido a que la policía no realizó ninguna pesquisa que permitiera demostrar la existencia del arma.

Sin embargo, más adelante, la víctima señala que el autor del robo la amenazó de muerte y le dijo que se encontraba armado. Luego del robo, este huyó con una dirección específica (Av. La Molina).

Ante el Presidente de la Sala, la víctima refiere que no puede reconocer al autor del delito por haber transcurrido el tiempo, a la vez que la menor hija de la víctima refiere que el imputado sacó su arma y le apuntó, con el fin de robarles.

Las declaraciones resultan contradictorias, y omiten rasgos evidentes en el acusado, como lo es la cicatriz en el labio superior. Además, desde el momento del robo, luego la víctima dejara a buen recaudo a su menor hija, hasta la interposición de la denuncia a las 17:00 hrs. supone que el delito no se produjo a la hora señalada.

**Segundo: El Acta de Reconocimiento Físico de Persona** de fecha 05 de noviembre de 2005 no cobra valor probatorio por haberse realizado sin las garantías de defensa que objetara la forma en que se llevó a cabo, pues, los sospechosos seleccionados tenían características físicas similares a la del acusado. Esto aunque haya contado con la presencia del Ministerio Público.

No se ha acreditado la preexistencia de los bienes (Art. 183° C de PP), presuntamente robados, requisito *sine quan non* para esta clase de delitos, por lo que no es posible tampoco efectuar una valorización de ellas, de manera correspondiente.

El Art. 2° del D. Ley N° 25825 en su Art. 1° dispuso la entrada en vigencia del Art. 245° del CPP, regulando la preexistencia del bien, como objeto material del delito.

El acusado fue intervenido a las 17:30 hrs. por intento de hurto en domicilio en donde fue encerrado por el responsable de dicho inmueble. La premeditación de dicho acto debió haberle tomado tiempo, por lo que debió haberse encontrado en dicho lugar al menos media hora antes, por lo que no es posible que haya estado en el lugar del robo a la hora indicada por la agraviada. Además de no haberse hallado ningún arma ni joyas.

Por esto, no se ha enervado el principio de inocencia o el *indubio pro reo*.

Del Atestado Policial N° 033-2010 de fecha 28 de abril de 2010, se tiene que la agraviada reconoció al autor del robo cuando este era trasladado a la comisaría, por lo que el Ministerio Público es convocado para realizar el reconocimiento físico. Esta descripción falta a la verdad, porque la misma agraviada señala que luego de la denuncia en la comisaría, ella se retiró a su domicilio, y es al día siguiente que recibe la llamada telefónica de la policía para rendir su manifestación, que como consta, no figura la intervención del representante del Ministerio Público. Por esto, dichas sindicaciones no tienen valor probatorio.

Sumado al hecho de que el acusado es intervenido en lugar distinto del lugar de los hechos, no se le halló nada, tampoco arma de fuego, por esto,

ausente la peligrosidad que habilite punición, de lo contrario implicaría avanzar en un derecho penal de ánimo, vedado por nuestra Carta Magna.

En el presente caso, el Colegiado, no ha valorado ni sometido a crítica las pruebas recabadas, con arreglo a las normas de la lógica, la experiencia y la sana crítica, que permitan acreditar la responsabilidad penal de modo claro e indubitable tanto de la existencia del ilícito penal como de su autor.

Es un derecho fundamental considerar a la persona, inocente, mientras no se demuestra judicialmente su responsabilidad (Art. 2° CPE). La defensa considera que hay una duda razonable sobre la responsabilidad del imputado, por lo que es aplicable el principio universal del *in dubio pro reo* (inc. 11 del Art. 139° CPE), teniendo en cuenta que la agraviada no ha acreditado la preexistencia del bien robado.

Se solicita, por tanto, declare **Haber Nulidad** en el extremo de la Sentencia que condena al imputado a 12 años de pena privativa de la libertad y al pago de S/. 5000.00 nuevos soles a favor de la agraviada. Y Reformándola, se le **absuelva** de los cargos contenidos de la Acusación Fiscal.

Concedido el **Recurso de Nulidad**, el caso es elevado a la Corte Suprema de Justicia de la República

### 3.2. Pronunciamiento Final de la Sala Suprema

La Sala Penal Transitoria, en el **Recurso de Nulidad N° 1110-2012**, luego de recibido el Dictamen Fiscal N° 1060-2012, se pronuncia declarando **HABER NULIDAD** en la Sentencia y absolviendo de los cargos formulados a Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés; bajo los siguientes términos:

**Primero:** El acusado esgrime como agravios, lo siguiente:

- a) No se han considerado los argumentos sobre la inexistencia de medios probatorios, y solamente se ha tenido en cuenta la palabra de

- la agraviada acerca de la amenaza con arma y la dirección desconocida por donde el autor del delito huyó.
- b) En la denuncia policial, la agraviada incorpora mayor información sobre la forma del robo, y la amenaza de muerte que hizo el autor al mostrarle una pistola. Luego, en el plenario, afirma que por el tiempo transcurrido, no puede reconocer al autor. Por otro lado, la menor hija de la agraviada señala que el acusado sacó su arma y le apuntó. Se puede advertir, versiones distintas.
  - c) Las características físicas del autor del robo, señaladas por la agraviada, no corresponden con las del imputado. Tampoco el transcurso del tiempo entre la comisión del robo que señala la agraviada (17:00 hrs) y la interposición de la denuncia (17:30 hrs), si se considera las actividades que realizó la agraviada durante ese tiempo.
  - d) No se ha acreditado la preexistencia de las joyas, tampoco que el imputado portara un arma al momento de su intervención policial.
  - e) No se ajusta a la verdad el alegato policial que refiere que la agraviada reconoció al autor del robo en la comisaría el día del robo y que se comunicó al Ministerio Público en ese instante, pues es todavía el día siguiente que se cita a la agraviada para rendir su manifestación, presentándose a las 13:50 hrs. y se realiza sin la presencia del representante del Ministerio Público.

**Segundo:** La acusación fiscal atribuye al acusado: que con fecha 04 de noviembre de 2009, con el pretexto de indagar por una dirección se acerca a la agraviada y la amenaza mostrándole un arma de fuego que tenía bajo el cinto del pantalón, con el fin de despojarla de una joya valorizada en \$ 1000.00 dólares americanos, para luego fugarse con rumbo desconocido. Y mientras la agraviada interponía la denuncia halla que el encausado estaba detenido por la comisión de otro delito.

**Tercero:** Se precisa analizar, si la declaración de la agraviada puede asumirse como prueba de cargo suficiente para acreditar la responsabilidad penal del imputado, según los parámetros establecidos en el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, a saber:

a) **Ausencia de incredibilidad subjetiva:** En su manifestación policial, en presencia del Fiscal Adjunto Provincial, el imputado asevera no conocer a la agraviada, —y en esto coincide con lo declarado por la ella— y que no existe odio, resentimiento, enemistado y/o animadversión por parte de la víctima que denote parcialización o interés en la sindicación. Se descarta, así, la presencia de causa o motivo que invalide *prima facie* su versión.

b) **Verosimilitud:** La agraviada refiere en su denuncia, que un sujeto se le acercó, le mostró un arma amenazándola de muerte, obligándole a entregar una pulsera y tres aros de colores: rosado, amarillo y blanco, para luego fugarse con rumbo desconocido.

En su declaración preliminar varía su aseveración y expresa que dicho sujeto portaba una tarjeta con una dirección.

En la preventiva adiciona datos: que el sujeto hizo una seña, abrió su saco y les mostró una pistola, amenazándolas.

Por último, en el interrogatorio en el plenario la agraviada sostuvo que, bajo la chaqueta, el sujeto tenía un arma y balas en la cintura, arma con la que apuntaba a su hija. Detalles no mencionados durante la investigación policial.

Del análisis global se observa la variabilidad en las declaraciones de la agraviada, sumada a la declaración del imputado que refiere que el día de los hechos, este se encontraba junto a su amigo Ricardo Acosta a borde de un automóvil, del cual hay un contrato de alquiler que la Arrendadora mostró en su oportunidad, y que la agraviada no señala haber observado.

c) **Corroboración periférica:** De los elementos probatorios y/o indiciarios, se tiene:

El acta de reconocimiento físico de persona donde Lisa Speziali, hija menor de la agraviada, identifica al encausado. Pero debe meritarse que en dicho instrumental se consigna que la menor expresó: «[...] lo reconozco por sus características físicas que he relatado en mi manifestación». Lo que es inexacto, pues a nivel preliminar, la menor no había proporcionado las características físicas de persona, de conformidad a lo establecido en el Art. 146° del C de PP.

Además, relata que el encausado mostró el arma y las balas a su madre amenazándola de muerte, y que el delincuente apuntó la pistola hacia ella, circunstancia que no mencionó en el acta de reconocimiento físico de persona.

El relato del acusado se condice con el acta de registro personal realizado en la intervención que se le hizo por tentativa de hurto realizado treinta minutos después del robo. No se halló en su poder, joyas, drogas, arma o municiones; lo que genera incertidumbre sobre su participación en el hecho investigado.

La agraviada no ha cumplido con demostrar la preexistencia de los bienes robados, lo que es necesario para el presente caso, además, por tratarse de un bien cuyo costo es de \$ 1000.00 dólares americanos y requiere acreditarse.

En cuanto a la presencia del procesado en las inmediaciones del lugar de los hechos, este admite que se encontraba a borde de un auto a las 15:15 hrs. y que el lugar en el que fue aprehendido se encuentra a 5 o 6 cuadras del lugar donde la agraviada declara haberse cometido el robo.

- d) Persistencia en la incriminación:** La agraviada se ha mantenido en la imputación al acusado como el autor del robo; esto se evidencia de la declaración prestada a nivel policial, en el acta de reconocimiento físico de persona, en su preventiva, y en el plenario, donde es constante la sindicación contra el acusado como autor del delito.

**Cuarto:** No obstante lo precedente, no se configuran en forma íntegra los parámetros requeridos por el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, atendiendo a que la imputación presenta deficiencias en su verosimilitud y la carencia de elementos de juicio suficientes que corroboren el relato incriminador, por lo que en atención al principio *in dubio pro reo* (Art. 139 CPE) subsiste la presunción de inocencia a favor de Jorge Luis de Jesús Cabrera Avilés y en tal medida corresponde absolverlo de los cargos imputados, de conformidad con el Art. 284 C de PP. Por esto declararon: **Haber Nulidad** en la sentencia que condena al imputado, por delito contra el Patrimonio – robo agravado en perjuicio de Catherine Christiane

Speziali de Núñez y lo **absolvieron** ordenando su inmediata libertad y dispusieron la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados, así como el archivamiento del proceso.

## SEGUNDA PARTE – MARCO TEÓRICO

### I. HECHO PUNIBLE

#### 1.1. Acción

Como referencia inicial de la reacción punitiva, el hecho punible coincide con la acción significativa atribuible al ser humano indesligable de su voluntad. Aunque su desarrollo es incipiente y controversial, eventualmente podría atribuirse la responsabilidad pena, por su accionar, a la persona jurídica, sea de manera extensiva o proyectiva.

Claros (2019) considera que en el caso peruano, la Ley N° 30424 - Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, afirma que la responsabilidad atribuible a la persona jurídica se trata de una sanción administrativa, pero que sustancialmente sería penal.

Desde la tipicidad, el carácter final de la acción adquiere significado una vez subsumido al tipo (Peña, 1999).

La acción, puede clasificarse en delitos y faltas, cometidas por acciones u omisiones, dolosas o culposas penadas por la ley, como se establece en el Art. 11° del CP. Se excluyen, por tanto, reflejos automáticos, acontecimientos exentos del hacer humano: sentimientos, apetitos, ideas, etc.

#### 1.2. Delito

La **tipicidad** se encuentra engarzada a dos realidades con las que configuran lo que se ha denominado delito: que el acto sea **injusto**, que significa la desaprobación del acto; y que sea **culpable**, es decir, que el desvalor recae sobre el autor de dicho acto.

La tipificación es una subsunción hipotética, abstracta y genérica, por la que el legislador protege bienes jurídicos cuya traducción es intolerable para la sociedad. Se tipifica una acción de modo que sea punible mediante

una pena. Tipificación que permite, en primera instancia, colegir las conductas y sancionar las que satisfagan al tipo, luego del examen de la antijuricidad del acto y la culpabilidad del autor.

El delito puede delimitarse, entonces, como la acción u omisión típica, antijurídica y culpable (PEÑA, 1999).

### **1.2.1. Tipicidad**

El Derecho penal protege bienes jurídicos prevalentes, a diferencia de la tutela de conductas, que realizan los otros órdenes jurídicos, el Derecho Penal se encarga del control de las conductas que lesionan de manera intolerable y grave dichos bienes.

Consiste en subsumir abstractamente el complejo de la realidad en descripciones tales que el actor que violenta el bien jurídico protegido se encuentra vinculado en la totalidad de su contenido: social, psíquico y físico; «es la configuración en la realidad de esa descripción, lo que implica un proceso de subsunción del complejo real en la descripción abstracta y general del tipo legal» (Peña, 1999, 281).

Dado el carácter de la tipificación y la institucionalización de este nivel de control de las conductas: *nulla poena sine lege*.

### **1.2.2. Antijuricidad**

Refiere a la valoración objetiva negativa de una conducta típica, contraria a la prescripción prohibitiva de una norma, bajo el criterio general del orden jurídico.

La antijuricidad está supeditada a causas de justificación que la enervan y se fundamentan en principios que los legitiman como: el medio adecuado o justo para un fin jurídicamente reconocido; la confrontación de intereses; lo más provechoso que dañino; la falta de interés; el interés preponderante, etc. (HURTADO POZO, 1987).

### 1.2.3. Culpabilidad

Como la antijuricidad se define como infracción de la norma, la culpabilidad se define como capacidad de acceso normal a la norma. (PEÑA, 1999), que pudiera entenderse como las condiciones, motivos, razones y valoraciones que pertenecen a una persona y sólo a una determinada persona cuya culpabilidad se podría fundamentar normativamente si al sujeto se le puede hacer responsable de los factores que determinan o explican su conducta, pues desde la complejidad reconocida por las neurociencias, considera que la libertad y autonomía no significan una voluntad absolutamente aleatoria que no podría justificar ningún tipo de responsabilidad(Feijoo, 2012)

### 1.3. Dolo

El dolo es el presupuesto personal de la comisión de un delito, se encuentra inserto en la esfera de la imputación subjetiva que constituye parte de la tipicidad. Junto a la descripción objetiva del hecho punible, la descripción subjetiva, según Peña Cabrera, refiere al conocimiento y la voluntad capaz de ser valorado como reprochable, por lo que, desde estas premisas de subjetividad del agente, adviertan su responsabilidad ante la norma jurídica a la cual debiera adecuar su conducta, y ameritara el juicio de culpabilidad.

Villavicencio (2010), en cambio, considera al dolo como una condición avalorada o neutral pero constitutiva y nuclear para la punibilidad, y lo clasifica de la siguiente manera:

- **Dolo directo o de primer grado (dolo inmediato):** que implica la realización del tipo, lo que el agente busca conseguir. Se presenta aunque el agente no tenga la certeza de la configuración de los elementos del tipo objetivo.
- **Dolo directo de segundo grado (dolo mediato):** de prevalencia cognoscitiva para su realización, pues el agente conoce que la realización del acto delictivo traerá consecuencias necesarias (delictivas) no queridas pero inevitables; esto aunque el agente no esté

seguro de que la afectación secundaria o colateral se vaya a realizar necesariamente.

- **Dolo eventual:** por este, se entiende el consentimiento de un posible resultado lesivo no querido por el agente pero representado por él como de posible o probable realización devenido de su actuar y que ejecuta de todas maneras.

#### 1.4. Culpa

Como condición subjetiva del agente, vinculada a la ausencia de un resultado querido además de la violación del deber de cuidado. Felipe Villavicencio considera que los sistemas que buscan explicar la imprudencia han evolucionado al punto de proponer dos fases de la culpa: en el injusto (tipo y antijuricidad) analiza la infracción al deber de cuidado objetivo y, en la culpabilidad, comprende la previsibilidad subjetiva del hecho en relación al autor (Villavicencio, 2010).

#### 1.5. Faltas

La diferenciación entre delito y falta corresponde principalmente al aspecto cuantitativo, así, las faltas responden a lesiones menos graves al bien jurídico afectado. Las regulan las mismas disposiciones de la parte general del Código Penal, y debido a su carácter poco grave, su punibilidad se restringe a la consumación del acto lesivo, o la que se realiza a menores de edad, por ejemplo.

#### 1.6. La pena

Es un medio usado por el Estado para sancionar las conductas que frustran de manera grave, por los bienes involucrados, la convivencia social regida por normas. Por el castigo que implica, su aplicación debe ser sometida a criterios de utilidad dentro de los límites preventivos. Su concepción y aplicación corresponderán a determinado tipo de gobierno, así; por ejemplo Bustos considera que en un Estado social y democrático de derecho «la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de la sociedad democrática que no es otra que

augmentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales [...]» (como se cita en Villavicencio, 2010, p. 69).

### **Clases de pena**

- a) Pena privativa de libertad:** la que sanciona con el internamiento absoluto del condenado en una penitenciaría, y el tiempo de duración de dicho internamiento varía desde los 2 días hasta la cadena perpetua (Art. 29 CP).
- b) Pena restrictiva de la libertad:** es la que limita al condenado en su movilidad, pero no de manera absoluta sino de modo que le impela a determinadas conductas. El Art. 30° del CP, por ejemplo, sanciona al condenado con la expulsión del país una vez cumplida la pena privativa de libertad, ocasionándole un impedimento ausente en la situación regular correspondiente a cada persona.
- c) Pena limitativa de derechos:** Que pueden ser: la prestación de servicios a la comunidad (Art. 34° CP), la limitación de días libres (Art. 35° CP), y la inhabilitación (Art. 36° CP), además de la de orden pecuniario como la multa (Art. 41° CP).

## **II. EL ROBO AGRAVADO**

Según Salinas (2013), en el delito de robo, se advierten y no pueden soslayarse las teorías que consideran a este delito como una forma de hurto (agravado), y por otro lado como un delito complejo en el que convergen diversos elementos constitutivos que, vistos aisladamente, configuran delitos independientes, como son los que lesionan la libertad, la integridad física, la vida, y el patrimonio (la posesión), pero que no implica sostenerlas, sin incurrir en un error jurídico penal, puesto que en la mayoría de delitos existen concurrencia de elementos de distintos hechos punibles; por tanto, el robo al formar parte de la construcción de un tipo penal, automáticamente se convierte en un delito autónomo, además de una figura delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman el hurto.

El agravamiento del tipo básico (Art. 188°, 189° CP) responde a circunstancias que refieren formas específicas dañosas a particular condiciones circunstanciales, del agente, la víctima y los medios. A la ya naturaleza pluriofensiva del robo se suman elementos como el cometido a mano armada, concurso de dos o más personas, el transporte en el que se realiza, fingiendo el rol de alguna autoridad, el realizado a menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez, o ancianos, etc.

El historial de modificatorias del Art. 189° CP responden a una política criminal que pretende contrarrestar el incremento de los robos realizados con la específica gravedad que significan los hechos en este descritos, y han incidido en la severidad de las penas.

## 2.1. Tipo penal

### **Artículo 188.- Robo**

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

### **Artículo 189. Robo agravado**

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Durante la noche o en lugar desolado.
3. A mano armada.
4. Con el concurso de dos o más personas.
5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes

de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.

6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.

7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.

8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.

3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

## 2.2. Tipicidad objetiva

Para la descripción del tipo objetivo del aspecto agravado del robo, es preciso efectuar la del tipo básico.

**El sujeto activo:** Puede ser cualquier persona, siempre que no sea propietario exclusivo del bien, pues exigiendo el tipo, que al agente el bien le sea total o parcialmente ajeno, es capaz de serlo también el copropietario o coheredero del bien, del cual no tengan posesión al momento del robo.

**El sujeto pasivo:** según Bramont (2006), puede ser cualquier persona física o jurídica, por lo que distingue entre el sujeto pasivo del delito y el sujeto pasivo de la acción; propone el caso del robo a una entidad

bancaria, donde el sujeto pasivo de la acción es el cajero y el sujeto pasivo del delito es la entidad bancaria, que coinciden con el poseedor legítimo e inmediato y el titular de la propiedad respectivamente.

**El apoderamiento y la sustracción:** consiste en el dominio que ejerce el sujeto activo, del bien sustraído, por el que es capaz de disponerlo en su propio provecho, luego de desplazarlo de la esfera de dominio de la víctima.

**La ilegitimidad:** refuerza la ausencia de titularidad sobre el bien por parte del sujeto activo, o la falta de consentimiento de la víctima que permita atribuir al sujeto activo el dominio del bien y la posibilidad de disponerlo.

**El bien mueble total o parcialmente ajeno:** todo aquello corpóreo o no corpóreo, con valor patrimonial, capaz de ser medido, desplazado y ser objeto de apoderamiento, cuya sustracción resulta en perjuicio de la víctima en cuya posesión se encuentra dicho bien, y en provecho para el agente del cual el bien es total o parcialmente ajeno.

Al respecto, existen discrepancias acerca del alcance de este delito; por un lado se ha considerado su pluriofensividad debido a los múltiples bienes lesionados (Corte Suprema, 1998, como se cita en Salinas, 2013, p. 995) indesligables a la afectación del patrimonio: la libertad personal, y la integridad, de modo necesario e «indisolublemente vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo»; y por otro lado la especificidad y predominancia de la propiedad (posesión) como el bien jurídico afectado junto y concomitante a los anteriormente señalados (Salinas, 2013).

**Violencia y amenaza:** son elementos constitutivos necesarios en el delito de robo, los cuales lo distancian del delito de hurto. Se ejercen contra la persona (*vis absoluta* y *vis compulsiva*) y están destinadas a enervar y anular su resistencia en el dominio del bien de modo que pueda ser sustraído.

**Elemento agravante:** que, por la operación realizada por el sujeto activo que incrementa la peligrosidad y la afectación de la integridad del sujeto

pasivo, ha venido a merecer penas más severas. La norma que lo sanciona «no describe conducta delictiva alguna, sino que contiene circunstancias bajo las cuales la conducta básica del delito de robo se agrava, en consecuencia, debe precisarse que la conducta delictiva imputada corresponde al tipo penal básico» (Corte Suprema, como se cita en Salinas, 2013, p. 1010).

### **2.3. Tipicidad subjetiva**

El autor debe haberse apoderado del bien con toda intención. Se requiere, pues, el dolo respecto al apoderamiento del bien además de la violencia que ha de ejercerse para dicho fin y disponerse a su cometido.

Otro aspecto indispensable es el *animus lucrandi*, el deseo de lucrar, aprovecharse u obtener algún beneficio con el bien mueble.

### **2.4. Antijuricidad**

Este componente estará presente siempre que el robo no incurra en lo dispuesto en el Art. 20° CP que lo desestime como irrelevante penalmente debido a alguna causa de justificación y que la Corte Suprema (1998) considera que «debe extrae del contexto social en que se desarrolla la situación de conflicto, correspondiendo al juzgado valorar el problema concreto para decidir la procedencia de la justificación en el caso particular» (como se cita en Salinas, 2013, p. 999).

### **2.5. Culpabilidad**

Aquí se establece el conocimiento que tenía el agente, acerca de la antijuricidad de su conducta, es decir, si era consciente de que su actuar contravenía el orden jurídico; además, si podía conducirse de manera distinta al robo en las mismas condiciones, que de haber sido imposible, aunque típica y antijurídica, dicha conducta no se constituiría como culpable y no sería punible.

Si el agente no conocía que su conducta era ilícita, quizás porque consideraba que el bien no era ajeno, o de saber que lo era, consideró

que contaba con el consentimiento de la víctima, constituye un error de prohibición previsto en el Art. 14° CP.

## **2.6. Consumación y tentativa**

La controversia respecto la determinación del momento en que el delito se ha consumado se encuentra principalmente en la disponibilidad que el sujeto activo ha logrado una vez sustraído el bien del ámbito de dominio del sujeto pasivo. Un sector de la doctrina considera que hay la posibilidad que el sujeto activo encuentre algún límite que impide la disponibilidad del bien (Salinas, 2013), con lo que el robo se habría realizado en el grado de tentativa; otro, considera que basta con la sustracción y apoderamiento del bien y la intención de lucro (Bramont, 2006), sin que signifique dejar de admitir la tentativa en el robo en otra etapa de su desarrollo.

## **2.7. Robo a mano armada**

Configurado el tipo básico del robo, la gravedad que importa su realización a mano armada se debe, desde nuestra jurisprudencia nacional, tanto a la peligrosidad del agente al portar cualquier arma, sea de fuego, arma blanca, martillos, piedras, etc., y utilizarla para amedrentar y eliminar la resistencia de la víctima, mostrando desprecio por su integridad, como a la afectación emocional que se produce debido a su uso, incluso cuando es aparente, por ejemplo las réplicas de armas de fuego, o armas de fogeo; esto, sin descartar la posibilidad de tenerlas como objetos capaces servir, incluso, como objetos contundentes capaces de la misma finalidad amedrentadora y lesiva, como lo ha considerado una posición más racionalizadora (Salinas, 2013).

## **2.8. La penalidad**

Será sometida al criterio de la autoridad judicial, quien tendrá en cuenta los factores que agravan al tipo básico de robo; respecto al que deriva del uso de arma, podrá considerarse el riesgo, peligrosidad y afectación física y psicológica a la víctima, de modo que determine el desvalor del hecho y la magnitud de la pena.

La sugerencia doctrinal mayoritaria sugiere la proscripción de la cadena perpetua prescrita en el tipo debido a su incompatibilidad con un derecho penal mínimo que se espera en un Estado social y democrático de derecho, donde la finalidad de la pena es la incorporación del sujeto agente a la sociedad.

### **III. GARANTÍAS DEL PROCESO PENAL PERUANO**

El Código de Procedimientos Penales no ha reservado un apartado especial que exponga los principios que conducen los actos que prescribe como sí lo hace el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 en su Título Preliminar, pues en el suyo, se limita a prescribir disposiciones generales que guían el código adjetivo. Sin embargo, no puede prescindir de ellos, se pueden advertir en las garantías que rigen los procedimientos que contiene, y significaron el tránsito del sistema mixto: inquisitivo-acusatorio, al sistema acusatorio-adversarial.

#### **3.1. Tutela jurisdiccional efectiva**

##### **Acceso a la justicia**

Que inicia con la libertad de acceso a la justicia para obtener su tutela. Gozan de este derecho: el Ministerio Público, el imputado, el actor civil, y el tercero civilmente responsable, todos aquellos que tuvieran algún interés en la resolución jurídica del proceso, y como parte efectiva del proceso, involucra también los derechos y deberes. Debe ser gratuita, especializada, imparcial, y razonable en los plazos para las actuaciones.

##### **Instancia correspondiente**

Implica también la instancia jurisdiccional correspondiente, entendida como la que se encuentra prevista legalmente, y que, como parte de las garantías de los procesados a la revisión de las resoluciones, se siga el reconocimiento del derecho a la doble instancia.

## **Resolución fundada en derecho**

No puede eludirse el objetivo del proceso que busca conocer y resolver el conflicto de manera clara basada en razonamientos lógicos, coherentes y suficientes, con contenido fáctico relativo a la materia que lo invoca, tanto en la valoración de los hechos y su vinculación con el imputado como con respecto a la pena a imponer.

## **Tutela efectiva**

Consecuentemente a lo señalado, la efectividad de la tutela implica la realización de lo pronunciado en la resolución que impele a las partes y es ejecutada también de modo coactivo para su operación social.

### **3.2. Debido proceso**

La prerrogativa del Estado de la resolución de conflictos mediante la constitución científica de elementos adquiridos en el proceso de su desarrollo en la historia como medios por los cuales se asegura la vigencia de los derechos y se los consolida, implica establecer las condiciones favorables al cometido referido, garantizando a la persona que su exigencia de justicia sea satisfecha antes y durante el proceso hasta la ejecución de lo resuelto.

Es preciso procurar desde el inicio el acceso a los órganos jurisdiccionales, un proceso equitativo y razonable, que concluya con una sentencia motivada, y el derecho a que se ejecute lo resuelto por el tribunal, mediante la provisión de mecanismos (materiales y jurídicos) idóneos a la recepción y encauzamiento de la acción del sujeto de derechos como también a su operación legalmente preconcebida manifiesta en la relación de derechos esenciales en el proceso durante su desarrollo; principios constitucionalmente establecidos esenciales a la estructura misma del Estado, tutelares de los derechos fundamentales y de los que reciben importante contenido.

A este derecho se ha llamado debido proceso, por asegurar que ninguna de las partes se encuentre en desventaja en la expresión de su posición

jurídica mediante las pruebas, alegatos, impugnaciones y la ejecución de lo decidido en definitiva, cuya consecución corresponde evidentemente a la previa institución jurisdiccional de elementos como: Juez natural independiente, responsable, competente e imparcial, la realización de un emplazamiento válido, el derecho a audiencia, la oportunidad probatoria, la fundamentación de resoluciones, el control constitucional del proceso, entre otros, circunscrito a las normas y procedimientos generales y los pertinentes al caso concreto.

#### **IV. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL**

##### **4.1. Juicio previo**

Principio ineludible, por el que nadie puede ser juzgado sin un debido proceso en el marco de la legalidad. Juicio que debe ser fundamentado de manera lógica, debidamente motivado y sus disposiciones deben guardar proporción con el tipo de bien jurídico dañado y el nivel de afectación al mismo. El examen objetivo y la legalidad de su cauce, evitan la arbitrariedad del ejercicio arbitrario del poder.

##### **4.2. Contradicción**

La dinámica del proceso acoge las postulaciones de las partes en igualdad de armas. Las pronunciaciones de la autoridad judicial deberán contar con las actuaciones de las partes, sea en lo probatorio, en los alegatos, los medios técnicos de defensa y los medios impugnatorios, para que las resoluciones jurisdiccionales se hayan logrado luego de la convicción judicialmente válida y verídica generada por dichos elementos.

##### **4.3. Concentración y oralidad**

Pretende el menor número de audiencias sin desmedro de la eficacia, puesto que la procura, debido a que el paso del tiempo y las limitaciones humanas del juzgador erosionan en menor intensidad que en el caso de dilatadas diligencias. La oralidad suma a esta virtud, por la comunicación

inmediata de las partes ante el juez respecto de sus pretensiones y defensas.

#### **4.4. La intermediación**

El juez tiene contacto con las partes y sus alegatos respecto de las pretensiones y las pruebas que las respaldan, de manera que, mediante los sentidos de modo inmediato, luego del examen y valoración de estos elementos se encuentra en la capacidad de sentenciar.

#### **4.5. Igualdad de armas**

Condición por la que las partes se hallan habilitadas para defenderse y atacar dentro del proceso desde un plano de igualdad, independientemente del dominio que se tenga de ciertos actos en determinadas etapas del proceso, las oportunidades para las partes para su actuación deben ser las mismas.

#### **4.6. Recurribilidad de resoluciones**

Devenido de la perfectibilidad de la actuación judicial, y que el proceso indaga sobre la verdad de los hechos y derechos, las partes merecen que las resoluciones sean revisadas y que les sean garantizadas los mecanismos pertinentes y oportunos para ello. Como garantía consustancial al debido proceso, es preciso, un pronunciamiento doble por parte de la jurisdicción, al que se opera mediante un medio de impugnación.

#### **4.7. Presunción de inocencia**

El procesado es inocente hasta que se le pruebe su culpabilidad en una sentencia condenatoria mediante el proceso, sin embargo, es posible mediante una presunción de culpabilidad, que se autoricen medidas preventivas que implican restricciones de derechos: prisión preventiva o embargo de bienes, sin que esto signifique la declaración definitiva y

condenatoria de la realización del hecho y la responsabilidad del imputado.

#### **4.8. *Ne bis in ídem***

Nadie puede ser acusado dos veces por el mismo delito una vez que haya sido condenado, absuelto, o que el proceso haya sobreesido, siempre que la nueva persecución recaiga sobre la misma imputación.

#### **4.9. Interpretación restrictiva**

La particularidad de las disposiciones y sentencias penales afectan libertades personales, por lo que las resoluciones deben interpretarse restrictivamente hacia lo más favorable a la libertad del imputado y con preeminencia de la ley procesal penal sobre las que desconozcan o vulneren los derechos inherentes de las partes dentro del proceso.

#### **4.10. Analogía**

Los actos a que alcanza la regulación punitiva deben estar sujetos a su tipificación para ser sancionados. No es posible extender el alcance de una norma penal por analogía sin vulnerar el principio *nullum crimen sine lege* que relega conductas que no se encuentran descritas en el tipo penal a un ámbito de libertad o penalmente irrelevante.

#### **4.11. *In dubio pro reo***

Concerniente a la convicción judicial respecto de la autoría del delito, la actividad probatoria debe ceñirse a procesos y estructuras que garanticen la validez de aquellas y su correcta valoración conducente a probar ciertamente la existencia de un hecho punible y la responsabilidad de su comisión. El peso afirmativo o negativo del análisis judicial a las pruebas, por el que no es posible determinar la responsabilidad del inculpado, no puede derribar la presunción de inocencia, garantía del proceso a favor del acusado a quien correspondería ser absuelto de los cargos.

## V. SUJETOS DEL PROCESO PENAL

### 5.1. El Juez penal

En el Proceso Penal regido por el Código de Procedimientos Penales de 1940, el juez se desempeñaba como director y organizador de la instrucción dentro del proceso (Art. 49° C de PP), que tiene como objeto reunir la prueba de la realización del delito y establecer la participación que hayan tenido los autores y cómplice. Tiene amplias facultades dentro de la instrucción para conducirla e impulsarla, además de decidir sobre la libertad provisional del procesado.

Durante la instrucción, con la intervención del Ministerio Público, el juez actúa las diligencias que considere necesarias para establecer la existencia del delito y la persona de su autor (Art. 135° C de PP).

En el procedimiento sumario, el juez instructor es el mismo juez que emitirá sentencia, la cual podrá ser recurrida ante el juez superior, mientras que en el procedimiento ordinario, hay un juez para la etapa de instrucción y un juez en el Tribunal Correccional encargado de la sentencia, la misma que podrá ser recurrida ante la Corte Suprema.

#### ***El juez en el Código Procesal Penal del año 2004***

Las facultades del juez cambian en el nuevo Código Procesal Penal, pues ya no es el director de la investigación (instrucción), la cual ha pasado a ser una actividad inherente al Ministerio Público, el cual está a cargo de las etapas de investigación preliminar y preparatoria (Art 322° CPP).

Las actuales facultades jurisdiccionales en el proceso, le revisten de garantías, pues tanto el dominio en la investigación, como la valoración de los elementos probatorios y el juzgamiento corresponden a entidades distintas: el Ministerio Público y el Poder Judicial respectivamente; asimismo, es prerrogativa del juez, a pedido del Fiscal o de las demás partes, disponer sobre diversos actos procesales que incluyen las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial.

Su estructura actual está constituida por:

### **Juez de Investigación Preparatoria y Etapa Intermedia**

Como Juez de garantías, procura preservar el proceso dentro de las normas y principios que lo regulan en cuanto a plazos, legitimidad de las partes y su constitución, como atender a las diligencias solicitadas por el Fiscal y las partes.

Dirige la audiencia de acusación emitida por el Fiscal, resuelve sobre los medios de defensa técnicos, dirige la diligencia de prueba anticipada, puede decidir de oficio el sobreseimiento del proceso cuando no a solicitud del Fiscal y dictar el auto de enjuiciamiento.

### **Juez unipersonal y Juez colegiado**

En la etapa de Juzgamiento, y según la gravedad de la pena, se constituye un Juzgado colegiado para resolver los casos cuya pena mínima es mayor a 6 años de pena privativa de libertad, o un Juzgado unipersonal para ver los casos que no corresponden al Juez colegiado.

A su vez, el Juzgado colegiado, integrado por tres jueces, se encarga de resolver los recursos impugnatorios interpuestos ante las sentencias emitidas por los Juzgados de Paz Letrados y los recursos de queja previstos por ley.

### **Salas Penales Superiores**

Conocen del recurso de apelación contra los autos y sentencias expedidas por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales colegiados o unipersonales, dirimen contiendas de competencia de los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces penales, resuelven la recusación planteada contra sus Magistrados, entre otros.

### **Sala Penal Suprema**

Conoce entre otros actos, el recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores, en los casos previstos por la Ley.

## 5.2. El Ministerio Público

Órgano autónomo, ejerce el monopolio del ejercicio público de la acción penal, la cual promueve de oficio o a petición de parte, y conduce o dirige la investigación del delito (Art. 139 CPE). Goza de independencia de criterio y adecúa sus actos a un criterio objetivo. A diferencia de la actividad colaborativa a la del Juez Instructor dispuesta en el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal del 2004 faculta al Ministerio Público la conducción de la investigación preparatoria con el objetivo de recoger los elementos necesarios que generen convicción respecto a la comisión del delito así como a la identidad y concomitancia de la actuación del autor en la realización del mismo, o en su caso también los elementos que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado.

## 5.3. El Imputado

El imputado o procesado es contra quien se dirige la acción penal, se le considera el centro del proceso, pues sobre él recae la incriminación de un hecho punible y las relaciones inmersas están relacionadas a su persona. El imputado debe ser plenamente identificado porque de la certeza de su entidad e identidad recaen las imputaciones de su autoría en la comisión del delito o de su participación en este.

El imputado puede hacer valer por sí mismo o por medio de un abogado, la defensa de sus derechos desde el inicio de las diligencias de investigación hasta el culmen del proceso.

La centralidad del imputado como los marcos de la protección de sus derechos se notan implícitos en las disposiciones del Código de Procedimientos Penales; el Código Procesal Penal del 2004 ha consignado especialmente los derechos del imputado que inciden en la adecuada información del imputado respecto de los cargos formulados, la facilidad de la comunicación de su detención a la persona que designe, la asistencia de un abogado defensor desde el inicio de las investigaciones, derecho a no ser intimidado ni coactado ni ser sometido mediante actos

contrarios a su dignidad, entre otros, así como las condiciones especiales en la que aquel se puede encontrar que permitan la adecuación de medios para su tratamiento, sean médicos, psicólogos, peritos, etc., en defecto de los cuales, tiene el derecho de acudir en vía de tutela al juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan.

#### **5.4. El abogado defensor**

El imputado tiene el derecho a la defensa por un abogado de su elección, la Constitución Política lo ha establecido en su Art. 139° núm. 14. El encausado no puede ser privado de esta defensa en ningún estado del proceso. La imposibilidad por parte del imputado de conseguir un abogado defensor, debido a circunstancias personales o de índole fortuita, impele al estado a proporcionarle uno para garantizar la defensa de sus derechos y la observancia del debido proceso.

#### **5.5. La víctima**

El Código Procesal Penal del 2004 define al agraviado como todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. Cuando se trate de homicidio, la representación la ejercerán los familiares cercanos, según lo previsto en el Art. 816° del Código Civil. Tratándose de incapaces, de personas jurídicas o del Estado, su representación corresponde a quienes la Ley designe. Tratándose de delitos contra las personas jurídicas, se consideran agraviados los accionistas, socios, asociados o miembros (Art. 94 CPP).

## TERCERA PARTE – JURISPRUDENCIA

1. [...] al no existir pruebas que acrediten la responsabilidad penal del acusado en la comisión del evento delictivo que se le atribuye, es evidente que no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le favorece y que exige una mínima actividad probatoria, por lo que amerita absolverlo de la acusación fiscal conforme a lo dispuesto por el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. *Recurso de nulidad N° 4523-98*, como se cita en Rojas, 2002, p. 188).
2. En las sindicaciones de los agraviados se detallaron las circunstancias precedentes, concomitantes, posteriores y de lugar, modo y tiempo de los hechos; por lo que se está ante relatos incriminadores sólidos, coherentes, uniformes y persistentes. El cumplimiento de la garantía de certeza del testimonio referida a la persistencia en la incriminación no exige que la sindicación se haga efectiva a lo largo de todo el proceso penal: por regla, para tal cumplimiento, es suficiente que la sindicación se haya reiterado en lo esencial en una pluralidad mínima de diligencias u ocasiones durante la investigación y/o el proceso, y se encuentre revestida de garantías, haciéndose viable el respectivo contradictorio, lo cual se cumplió en el presente caso (cfr. considerandos tres punto tres y tres punto siete de la presente ejecutoria). No obstante, debe tenerse en cuenta que, en virtud del principio de libertad probatoria, para la emisión de una sentencia condenatoria lo importante es que se cumpla con el baremo de la prueba suficiente más allá de la duda razonable acerca de la responsabilidad penal del acusado y que ello se encuentre justificado en la decisión judicial. (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2018, *Recurso de Nulidad N° 2781-2017*).
3. Para la acreditación de la preexistencia de los bienes materia de sustracción no resulta necesaria la presentación de prueba documental, ello en tanto que en virtud del principio de libertad probatoria es posible que tal acreditación se realice por cualquier medio de prueba incorporado legítimamente al proceso. En el presente caso, el relato de los agraviados

respecto a los hechos, las actas de registro personal y de entrega de bienes que constan en los actuados y la prueba de cargo existente son suficientes para tener por acreditada la preexistencia de los bienes sustraídos. Por lo demás, las máximas de la experiencia dictan que los bienes que fueron materia de sustracción en el presente caso (dinero, billeteras con documentos personales, celulares, etc.), con excepción de la máquina detectora de billetes, son poseídos por cualquier persona; de ahí que no se requiera mayor acreditación. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 2018, *Recurso de Nulidad N° 2781-2017*).

4. Que existe, pues, una duda fundada en relación a la entidad de prueba de cargo, que debe tener un alcance razonable para enervar la presunción de inocencia y legitimar una sentencia condenatoria. Las pruebas de descargo guardan equilibrio con las de cargo, luego, no cabe sino aplicar el principio del *in dubio pro reo*, como regla de juicio, no superada en el presente caso, de la presunción de inocencia: convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable.

Es de aplicación el artículo 301º, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales. La sentencia condenatoria no es fundada. El recurso de nulidad debe ser amparado y así se declara. (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, 2016. *Recurso de Nulidad N° 130-2015*).

5. En efecto, los medios probatorios obrantes en autos no son suficientes para desvirtuar el principio constitucional *in dubio pro reo* (la duda favorece al reo), en palabras de Mixán Mass: “[...] es incuestionable que es un corolario del principio madre que es el de la ‘presunción de inocencia’. [...] el valor cognoscitivo jurídico de la duda en el proceso penal radica en que no se ha logrado establecer fidedignamente ni la verdad ni el error respecto de la culpabilidad del procesado, a causa de la insuficiencia de los elementos probatorios; en cuanto a su efecto, que viene a ser la absolución del procesado, se parece a la inocencia probada; pero, en cuanto a su fundamento, difiere totalmente, por cuanto en la duda no se ha probado plenamente la inocencia, pero tampoco fehacientemente la culpabilidad. La duda resulta, a nuestro juicio, del hecho de que el juzgador ha logrado solamente el grado probable del

conocimiento respecto de la culpabilidad el procesado, de modo que la trayectoria del conocimiento hacia la verdad objetiva tiene mucho todavía de error como de verdad; por lo tanto, resulta riesgoso condenar a alguien sin haber restablecido nítidamente que es el culpable; entonces, en aras de evitar el riesgo de resultar condenando un inocente, se ha optado porque en tal circunstancia el procesado sea absuelto [...]”.(Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2018. *Recurso de Nulidad N° 1224-2017-Cuzco*).

6. Tanto la presunción de inocencia como la favorabilidad por duda (*in dubio pro reo*), inciden en la valoración probatoria del juez ordinario. En el primer caso, bajo una perspectiva objetiva, supone que a falta de pruebas aquella no ha quedado desvirtuada, manteniéndose incólume; y, en el segundo caso, bajo una perspectiva subjetiva, supone que la actuación probatoria no ha sido suficiente para despejar la duda respecto a la responsabilidad atribuida.

En consecuencia, el razonamiento del Colegiado Superior para condenar al encausado, se basó en la incriminación de la víctima; sin embargo, en consideración al análisis antes desarrollado, no se ha llegado a la certeza suficiente, por lo que prevalece el estado de duda razonable respecto de la responsabilidad del encausado, se debe aplicar los alcances del artículo doscientos ochenta y cuatro, del Código de Procedimientos Penales, y absolverlo de los cargos formulados en su contra. [...]”. (Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2018. *Recurso de Nulidad N° 1224-2017-Cuzco*).

7. Se establece la conformidad de Sentencia Superior que absuelve al procesado de los cargos formulados por delito de violación sexual de menor y actos contrarios al pudor de menores al establecer que la prueba de cargo, constituida por la declaración de las víctimas, evidenciaba una serie de contradicciones. (Corte Suprema de Justicia. *R.N. N° 2891*, como se cita en Reyna, 2005, p. 407).
8. Ahora bien, se advierte de autos una grave deficiencia en la tramitación de la fase de instrucción del presente proceso; lo cual implica una evidente

vulneración al principio de presunción de inocencia, en su dimensión de regla probatoria, al no haberse recabado elementos de prueba que, a decir del propio Ministerio Público, resultaban sustanciales y necesarias. (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2017, *Recurso De Nulidad N° 2713-2015*).

9. En la sentencia venida en grado, también se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio; dimensión que exige una decisión motivada del juez, en la que se dé cuenta que las pruebas aportadas han sido tomadas en consideración y valoradas racionalmente. Solo mediante esta justificación, es posible determinar si se ha destruido la presunción de inocencia que le asiste al acusado [...]. (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2017. *Recurso De Nulidad N° 2713-2015*).
10. «El principio constitucional de presunción de inocencia tiene como su efecto procesal más importante que, para la absolución del procesado, no es necesario que el juez llegue a la certeza de que no hay base táctica para imputarle responsabilidad penal, sino que debe asumir su inocencia mientras no llegue, más bien, a la certeza sobre la existencia de la base táctica con la cual sustentar la condena». En el presente caso, ha existido una falta de diligencia por parte de los órganos estatales garantes de la etapa de instrucción, quienes omitieron recabar oportunamente los elementos de convicción que ellos mismos consideraban indispensables. [...] no existiendo prueba suficiente que permita desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a los procesados Hilguera Torres y Borda Trujillo; corresponde absolverlos de la acusación fiscal, desconformidad con lo dispuesto en el artículo 284° del Código de Procedimientos Penales. (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. 2017. *Recurso De Nulidad N° 2713-2015*).
11. La sola sindicación del agraviado, en principio, puede considerarse hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, dado el marco de clandestinidad en que la mayoría de delitos se produce. Sin embargo, también lo es que para ello deben observarse las siguientes notas o

requisitos: a) La verosimilitud, esto es, que a las afirmaciones del agraviado, deben concurrir corroboraciones periféricas de carácter objetivo; y b) La persistencia en la incriminación, es decir, que ésta debe ser prolongada en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado que proclama su inocencia; prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste, es permitirle al Juzgador que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que denoten su inconsistencia. No concurren tales requisitos cuando existe carencia de concreción circunstancial y temporal de los actos objeto de acusación [...]. (Sala Penal de la Corte Suprema, 2001. *R.N. N° 255-99. Lambayeque*).

## CUARTA PARTE – ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

### LA INVESTIGACIÓN

Desde el principio de las investigaciones se observa un patrón de conducta deficiente, especialmente en la investigación, recopilación de elementos probatorios y la razonada valoración de las pruebas. Como elementos que trasciendan a esclarecer los hechos y la gravedad que reviste el uso o porte de armas de fuego que determine la severidad de la pena, se requerían mayores pesquisas al respecto.

Se advierte un prolongado intervalo de tiempo para la interposición de la denuncia, si consideramos que se trata de un caso no complejo y que exigía una investigación preliminar inmediata para probar la posesión o uso de arma de fuego por parte del imputado (absorción atómica), la indagación por el paradero del acompañante (Ricardo Costa) del imputado y su papel en los hechos imputados, sea mediante la indagación de su identidad en la RENIEC, el examen de las huellas dactilares en el automóvil usado el día de los hechos, el análisis de los registros de video de las cámaras de vigilancia que hubiera alrededor del lugar de los hechos, etc. Siendo que el recabo de estos elementos era necesario para el esclarecimiento de los hechos, deja entrever una deficiencia en la tramitación de la instrucción, que lesiona al principio de presunción de inocencia en su dimensión de regla probatoria, al no haberse recabado elementos de prueba que, a decir del propio Ministerio Público, resultaban sustanciales y necesarias.. (R.N N° 2713-2015, Lima Norte).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

#### ***Respecto de la sindicación, como prueba válida de cargo***

La Sala de Mérito considera que la sindicación de la víctima y su menor hija son prueba válida de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, valorando escasamente los elementos que desvirtúan su corroboración periférica respecto a la tenencia del arma y la forma en que las amenazó de muerte, pues hay una variabilidad entre la declaración prestada por la hija menor de la víctima en el acta de reconocimiento físico

de persona y la prestada en la instrucción, en desmedro, a su vez, de su verosimilitud.

El Juez, al considerar que las pruebas de cargo, en este caso, no encuentra razones objetivas para su invalidez, no toma en cuenta el equilibrio que deben guardar con las pruebas de descargo, que finalmente permitan generar la convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable y se encuentre justificado en la decisión judicial, en defecto del cual, el principio in dubio pro reo prevalece. La duda no ha probado la inocencia, pero tampoco fehacientemente la culpabilidad.

Este defecto además deja entrever la deficiencia en la motivación, la cual es insuficiente.

## **RESOLUCIÓN DE NULIDAD**

El Juez Supremo, pues, incide en la falta de adecuación de la valoración de las pruebas por parte del A quo a los parámetros del Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, especialmente en lo referente a la verosimilitud de las declaraciones de la víctima, por haber variado en las versiones en las distintas sesiones respecto a la forma de la amenaza con el arma de fuego, la inexactitud de lo alegado por la hija menor de la víctima respecto a su manifestación preliminar, que no había realizado en realidad; la ausencia de elementos agravantes del delito denunciado; tampoco se logró probar la preexistencia de los bienes. De lo cual no hay ninguna corroboración periférica que lo respalde y genere la convicción necesaria para la decisión judicial, por lo que el principio in dubio pro reo persiste, así como la presunción de inocencia del procesado.

## CONCLUSIONES

1. Las sentencias objeto de análisis fueron discrepantes, porque luego de una primera condena, culminaron con la absolución del inculpado por parte de la Corte Suprema. La Nulidad se basó principalmente en una adecuada valoración de la prueba actuada en la instancia de mérito, al considerarla insuficiente contribuyeron al desmedro en la convicción del Juez Supremo, por lo tanto la aparición de una duda razonable que favoreciera al encausado, prevaleciendo el principio *in dubio pro reo*, y el de presunción de inocencia.
2. El principio de doble instancia reconocido a nivel constitucional y legal, permite una nueva y mejor apreciación de los hechos y la valoración de las pruebas obtenidas en las instancias precedentes. El examen superficial realizado por la Sala Superior no hace honor a la pretensión científica del proceso ni al criterio razonable basado en la lógica, las reglas de la experiencia y la sana crítica que deben conducir a una sentencia justa.
3. Entre las falencias anotadas tenemos que no se tomó en cuenta las versiones incongruentes de la parte agraviada, la contradicción del atestado policial respecto a la oportunidad del reconocimiento del imputado en la Comisaría, la ausencia del representante del Ministerio Público en algunas actuaciones policiales, la falta de un peritaje balístico sobre la presunta utilización de un arma de fuego por el encausado, la falta de declaración de otros testigos propuestos por las partes, la falta de acreditación de preexistencia de los bienes robados, etc., aspectos especialmente relevantes que impidieron obtener mayores elementos que permitan la corroboración periférica del hecho denunciado, caracterizado como un delito pluriofensivo.
4. Una deficiente etapa investigatoria y una limitada actuación probatoria en los debates orales, acarrió necesariamente una sentencia condenatoria en la sala primigenia, basada en criterios desprovistos de objetividad a través de motivaciones insuficientes. El examen superficial por parte del juzgador vulnera el principio del debido proceso y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución

Política del Estado, descalificando la objetividad y la resolución justa de cada caso en particular.

5. Del estudio integral del caso se puede extraer una serie de deficiencias y omisiones tanto en la etapa de investigación policial como judicial. Por otro lado la excesiva prolongación de los plazos procesales se traducen en una justicia tardía que repercute negativamente en la sociedad. Tales falencias son consustanciales con el Sistema Inquisitivo vigente al momento de los hechos que posteriormente han dado lugar al nuevo sistema acusatorio, adversarial y garantista de hoy en día.
6. Desde la apreciación de la Sala Suprema, la conducta del encausado no cumple con el baremo exigido por el Acuerdo Plenario N° 02-2005/CJ-116, por lo tanto la insuficiencia probatoria no genera convicción plena sobre la responsabilidad del imputado, sino que admite una duda razonable, por lo que es de aplicación el principio *in dubio pro reo*, y se mantiene incólume la presunción de inocencia que favorece al procesado.
7. El proceso se desarrolla bajo el Sistema Inquisitivo adoptado por el Código de Procedimiento Penales de 1940 que no provee las garantías necesarias para lograr sentencias alineadas a la legalidad y el respeto por los derechos fundamentales del imputado. Frente a dicho sistema emerge el sistema acusatorio actual diseñado por el nuevo Código Procesal Penal del año 2004, caracterizado por principios garantistas para una justicia penal que procure científicidad, objetividad y predictibilidad en sus actuaciones y resoluciones sancionatorias
8. Una mejor administración de justicia en el futuro, dependerá además de una modernización logística, una mayor capacitación de los operadores de justicia, pero especialmente de una formación ética y profesional de magistrados y defensores, encaminadas hacia el logro de los fines y objetivos del derecho penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bramont-Arias Torres, L. A. & García Cantizano, M. (2006). *Manual de Derecho Penal, parte especial*. Editorial San Marcos.
- Claros Granados, A. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y el cumplimiento penal (criminal compliance)*. La Ley. Recuperado el 20 de mayo de 2021, de <https://laley.pe/art/8662/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-y-el-cumplimiento-penal-criminal>
- Feijoo Sánchez, B. (2012). La culpabilidad jurídico-penal en el Estado Democrático de Derecho. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. (1). 99-125. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4548497>
- Leca Guillén, M. (2007). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ediciones Jurídicas.
- Peña Cabrera, R. (1999). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Grijley.
- Reyna Alfaro, L. M. (2005). *Los delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual*. Jurista Editores.
- Rojas Vargas, F. (2002). *Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999-2000)*, Idemsa.
- Salinas Siccha, R. (2013). *Derecho Penal, parte especial*. Iustitia.
- Sánchez Velarde, P. (2005). *Introducción al Nuevo Proceso Penal*. IDEMSA.
- Villavicencio Terreros, F. (2010). *Derecho Penal, parte general*. Grijley.

**EXPEDIENTE**  
**CONSTITUCIONAL**

## ÍNDICE

<b>RESUMEN..</b> .....	<b>1</b>
<b>ABSTRACT.....</b>	<b>2</b>
<b>DATOS DEL EXPEDIENTE .....</b>	<b>3</b>
<b>PRIMERA PARTE - RESUMEN DEL EXPEDIENTE.....</b>	<b>4</b>
<b>I. POSTULACIÓN.....</b>	<b>4</b>
1.1. DEMANDA.....	4
1.1.1. <i>Síntesis</i> .....	4
1.1.2. <i>Petitorio</i> .....	4
1.1.3. <i>Antecedentes</i> .....	5
1.1.4. <i>Fundamentos de hecho</i> .....	6
1.1.5. <i>Fundamentos de Derecho</i> .....	10
1.1.6. <i>Vía Procedimental</i> .....	12
1.1.7. <i>Medios Probatorios</i> .....	12
1.2. AUTO DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA .....	13
1.2.1. <i>Fundamentos del Auto</i> .....	13
1.3. APELACIÓN CONTRA AUTO DE IMPROCEDENCIA.....	13
1.3.1. <i>Fundamentación del agravio</i> .....	14
1.4. RESOLUCIÓN QUE CONCEDE APELACIÓN.....	14
1.5. RESOLUCIÓN SUPERIOR QUE REVOCA LA IMPROCEDENCIA.....	15
1.5.1 <i>Fundamentos de la Revocación</i> .....	15
1.6. APERSONAMIENTO Y ACTOS DEL LITISCONSORTE .....	16
1.6.1. <i>Fundamentos de la solicitud de litisconsorcio</i> .....	16
1.6.2. <i>Litisconsorte deduce nulidad de la Revocación</i> .....	18
1.6.3. <i>Improcedencia de la nulidad deducida</i> .....	18
1.6.4. <i>Apelación contra resolución de improcedencia</i> .....	19
1.6.5. <i>Resolución de improcedencia de apelación</i> .....	19
1.6.6. <i>Casación</i> .....	20
1.6.7. <i>Resolución de improcedencia de apelación</i> .....	21
<b>II. CALIFICACIÓN .....</b>	<b>21</b>
2.1. ADMISIÓN DEL PROCESO DE AMPARO.....	21
2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	22
2.2.1. <i>Antecedentes</i> .....	22
2.2.2. <i>Fundamentos de hecho</i> .....	23
2.2.3. <i>Fundamentos de Derecho</i> .....	25
2.2.4. <i>Medios Probatorios</i> .....	25

2.3.	RESOLUCIÓN QUE CONCEDE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA .....	25
2.4.	INFORME ESCRITO DE LA DEMANDANTE .....	26
2.5.	SENTENCIA .....	28
2.6.	APELACIÓN DE LA SENTENCIA .....	34
2.6.1.	<i>Fundamentos de la Sentencia apelada</i> .....	34
2.6.2.	<i>Fundamentos para la procedencia de la demanda</i> .....	35
2.6.3.	<i>Fundamentos para declarar fundada la demanda</i> .....	36
2.6.4.	<i>Expresión de agravios</i> .....	39
2.7.	RESOLUCIÓN QUE CONCEDE APELACIÓN.....	39
2.8.	EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DE LA APELANTE IVESUR S.A. ....	39
2.8.1.	<i>Violación al derecho a la debida motivación.</i> .....	39
2.8.2.	<i>Violación al derecho a la imparcialidad jurisdiccional</i> .....	40
2.9.	APERSONAMIENTO Y ACTOS DEL LITISCONSORTE GALASHIELDS S.A.....	43
2.9.1.	<i>Respecto a la relación litisconsorcial</i> .....	43
2.9.2.	<i>Respecto al fondo del presente proceso</i> .....	44
2.10.	INFORME ESCRITO DE LA DEMANDANTE IVESUR S.A. ....	45
2.10.1.	<i>Existe un perjuicio real en contra de IVESUR S.A.</i> .....	45
2.10.2.	<i>Oportunidad y forma de las actuaciones arbitrales de IVESUR S.A.</i> .....	46
2.10.3.	<i>El Proceso de Amparo como vía idónea</i> .....	46
2.11.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA .....	47
2.11.1.	<i>Motivo de la apelación</i> .....	47
2.11.2.	<i>Solicitudes específicas advertidas en la demanda</i> .....	47
2.11.3.	<i>Debido proceso y vía previa</i> .....	48
2.12.	RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL.....	49
2.12.1.	<i>Petitorio</i> .....	49
2.12.2.	<i>Procedencia del Recurso</i> .....	49
2.12.3.	<i>Fundamentos de Hecho</i> .....	50
2.12.4.	<i>Fundamentos de la Resolución cuestionada</i> .....	51
2.12.5.	<i>Fundamentos de Derecho</i> .....	51
2.13.	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	57
2.13.1.	<i>Antecedentes</i> .....	57
2.13.2.	<i>Fundamentos</i> .....	59
2.13.3.	<i>Voto singular del Magistrado Álvarez Miranda</i> .....	65
2.13.4.	<i>Voto singular del Magistrado Vergara Gotelli</i> .....	67
2.13.5.	<i>Voto singular del magistrado Urviola Hani</i> .....	69
<b>SEGUNDA PARTE - MARCO TEÓRICO .....</b>		<b>71</b>
<b>I. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO .....</b>		<b>71</b>
<b>II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL.....</b>		<b>74</b>

<b>III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PERSONA JURÍDICA .....</b>	<b>75</b>
3.1. ACERCA DE LA PERSONA JURÍDICA .....	75
3.2. ACERCA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	76
3.3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA JURÍDICA.....	77
<b>IV. EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA ..</b>	<b>80</b>
4.1. EL PROCESO .....	80
4.2. PROCESO Y JURISDICCIONALIDAD .....	80
4.3. DEBIDO PROCESO Y TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA .....	81
4.4. PRINCIPIOS PROCESALES .....	84
4.4.1. <i>Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional</i> .....	84
4.4.2. <i>Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales</i> .....	85
4.4.3. <i>Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales</i> .....	87
4.4.4. <i>Principio de contradicción o bilateralidad</i> .....	88
4.4.5. <i>Principio de publicidad</i> .....	88
4.4.6. <i>Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley</i> .....	89
4.4.7. <i>Principio de la motivación de las resoluciones judiciales</i> .....	89
4.4.8. <i>Principio de la cosa juzgada</i> .....	90
<b>V. EL ARBITRAJE.....</b>	<b>91</b>
5.1. MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE .....	91
5.2. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN ARBITRAL .....	92
5.3. ÁRBITROS .....	94
5.3.1. <i>Designación</i> .....	94
5.3.2. <i>Nombramiento</i> .....	94
5.3.3. <i>Abstención y recusación de árbitros</i> .....	95
5.3.4. <i>Independencia e imparcialidad de los árbitros</i> .....	95
5.3.5. <i>El deber de revelación del árbitro</i> .....	96
5.3.6. <i>Teoría de la apariencia en el arbitraje</i> .....	96
5.4. EL LAUDO ARBITRAL .....	97
5.4.1. <i>Ejecución del laudo</i> .....	98
5.4.2. <i>Anulación de los laudos arbitrales</i> .....	99
5.5. ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN.....	99
5.5.1. <i>Arbitraje, Constitución, y debido proceso</i> .....	101
5.5.2. <i>Nulidad de laudo por falta al debido proceso</i> .....	103
<b>VI. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO .....</b>	<b>104</b>
6.1. EL AMPARO COMO PROCESO .....	105
6.2. PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO.....	108
6.2.1. <i>El contenido constitucional de un derecho fundamental</i> .....	109

6.2.2.	<i>El acto lesivo a derechos constitucionales.....</i>	111
6.3.	EL PROCEDIMIENTO PREVIO. LA VÍA IGUALMENTE SATISFACTORIA .....	115
6.3.1.	<i>Excepcionalidad del proceso de amparo .....</i>	115
6.3.2.	<i>Alternatividad del proceso de amparo.....</i>	116
6.3.3.	<i>Determinación de la vía igualmente satisfactoria.....</i>	116
6.4.	ASPECTOS CENTRALES DEL PROCESO DE AMPARO .....	118
6.4.1.	<i>Los sujetos del proceso.....</i>	118
6.4.2.	<i>Etapas postulatoria.....</i>	121
6.4.3.	<i>La actividad probatoria .....</i>	123
6.4.4.	<i>Etapas decisoria.....</i>	124
6.4.5.	<i>Etapas Impugnatoria .....</i>	125
6.4.6.	<i>Recurso de agravio constitucional .....</i>	125
<b>VII. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES .....</b>		<b>128</b>
7.1.	FUNCIONES DE LA MOTIVACIÓN .....	129
7.2.	VICIOS EN LA MOTIVACIÓN .....	130
<b>TERCERA PARTE - JURISPRUDENCIA .....</b>		<b>133</b>
<b>CUARTA PARTE – ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE.....</b>		<b>140</b>
<b>I. DEMANDA Y PETITORIO .....</b>		<b>140</b>
<b>II. AUTO QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA DEMANDA.....</b>		<b>141</b>
<b>III. AUTO QUE REVOCA LA IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA .....</b>		<b>142</b>
<b>IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA .....</b>		<b>143</b>
<b>V. SENTENCIA .....</b>		<b>143</b>
<b>VI. APELACIÓN DE LA SENTENCIA Y EXPRESIÓN DE AGRAVIOS .....</b>		<b>144</b>
<b>VII. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.....</b>		<b>144</b>
<b>VIII.SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....</b>		<b>145</b>
<b>IX. VOTO DISCORDANTE DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA .....</b>		<b>145</b>
<b>X. VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI .....</b>		<b>146</b>
<b>XI. VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI.....</b>		<b>146</b>
<b>QUINTA PARTE - CONCLUSIONES .....</b>		<b>147</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>		<b>149</b>

## RESUMEN

El presente informe recoge el proceso constitucional de amparo llevado a cabo debido a la lesión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva dentro de un proceso de arbitraje.

El desarrollo teórico expone la posibilidad de una persona jurídica de ser sujeto de un derecho fundamental protegido por la Constitución Política en atención a los integrantes que la componen y a su propia naturaleza.

Se identifica al proceso arbitral como heterocompositivo e imbuido por los principios y garantías que rigen al proceso judicial, los mismos que no son contradictorios al principio privativo del *kompetenz kompetenz* del fuero arbitral, por corresponder a su contenido material procesal y no una injerencia a su autonomía.

Del análisis de los elementos y la finalidad del proceso constitucional de amparo se reconoce su carácter abreviado y efectivo en la tutela de derechos fundamentales; de allí la dificultad de hallar una vía igualmente satisfactoria.

La naturaleza y sensibilidad de los derechos fundamentales hacen urgente su protección, por esto, ante la ausencia de una etapa probatoria se requiere una valoración judicial probatoria de cara al contenido constitucionalmente protegido del derecho, con discreción del juez en los esfuerzos indagatorios.

La lesión al debido proceso respecto del juez natural en este caso es advertida desde una lectura de la teoría de la apariencia que exige para la validez del proceso arbitral los medios que generen la expectación y garantía de un procedimiento válido a las partes, ausentes en el proceso arbitral mencionado.

**Palabras clave:** Proceso constitucional de amparo, derechos fundamentales de la persona jurídica, tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, vía arbitral, *kompetenz kompetenz*, teoría de la apariencia, Juez natural.

## ABSTRACT

This report includes the Constitutional Process of «Amparo» carried out due to a injury to the right to effective jurisdictional protection within an arbitration process.

The theoretical issue exposes the possibility for legal person to be subject of fundamental rights protected by the Political Constitution due to the members that conform that kind of person and according to it's own nature.

The arbitration process is identified as a hetero-composed and imbued by principles and guarantees that govern judicial process, those that don't contradict the exclusiveness principle of arbitral jurisdiction known as *kompetenz kompetenz* which corresponds to it's material-procesal content and not referred to it's autonomy.

From the analysis of the elements and purpose of the Process Constitutional of «Amparo», its abbreviated and effective nature in the protection of fundamental rights is recognized, so it's difficulty of finding an equally satisfactory way.

The nature and sensitivity of fundamental rights make their protection urgent, therefore, in the absence of an evidentiary stage, a probative judicial assessment is required in the face of the constitutionally protected content of the right, with the discretion of the judge in the investigative efforts.

The injury to the due process referred to a natural judge in this case is noticed from a reading of the theory of appearance that requires the means that generate the expectation and guarantee of a valid process for the parties, and are indispensable for a valid arbitration, but were absent in the aforementioned arbitration process.

Keywords: Constitutional Process of «Amparo», fundamental rights of legal person, effective jurisdictional protection, due process, arbitral jurisdiction, *kompetenz kompetenz*, theory of the appearance of natural judge.

## DATOS DEL EXPEDIENTE

**NÚMERO DE EXPEDIENTE** : 20929-2006-0-1801-JR-CI-36

**ESPECIALIDAD** : PROCESO CONSTITUCIONAL

**PROCESO** : ESPECIAL

**MATERIA** : ACCIÓN DE AMPARO

**DEMANDANTE** : IVESUR S.A.

**DEMANDADO** : CONSEJO SUPERIOR DE ARBITRAJE DEL  
CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA  
DE COMERCIO DE LIMA

**JUZGADO** : 8° JUZGADO CONSTITUCIONAL - LIMA

## PRIMERA PARTE - RESUMEN DEL EXPEDIENTE

### I. POSTULACIÓN

En esta etapa se expone el curso de la demanda de acción de amparo desde su interposición ante el Juzgado que en primera instancia declara su improcedencia por considerar su objeto, fuera del alcance de la tutela del Proceso de Amparo en razón de su naturaleza, hasta la devolución de los actuados desde segunda instancia por la Sala Civil que resuelve declarar nula la improcedencia de la demanda y ordena nueva calificación de la misma por el Juez.

#### 1.1. DEMANDA

##### 1.1.1. Síntesis

Con fecha 30 de mayo de 2006, ante el Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, la empresa española IVESUR S.A. interpone Acción Constitucional de Amparo contra el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio, demandando se declaren nulos y sin efecto, actos jurídicos efectuados en el Proceso Arbitral N° 967-107-2004 seguido por la empresa española GALASHIELDS S.A. contra la recurrente y la empresa LIDERCON S.A. por haberse llevado a cabo con infracción al Reglamento y al Código de Ética del Centro de Arbitraje, normas arbitrales generales, así como a principios jurisdiccionales y constitucionales, vulnerando de esta manera su derecho al debido proceso como a la tutela jurisdiccional y procesal efectiva.

##### 1.1.2. Petitorio

Acción Constitucional de Amparo a fin de declararse nulas y sin efecto las siguientes Resoluciones y actos efectuados en el Proceso Arbitral N° 967-107-2004:

Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 21 de febrero de 2006 emitida por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje

de la Cámara de Comercio de Lima, que declaró no ha lugar el pedido de nulidad de la Resolución N° 033-2005/CSA-CCANI-CCL; al haberse violado nuestro derecho al debido proceso y en concreto a la Tutela Procesal Efectiva.

Resolución N° 033-2005/CSA-CCANI-CCL de fecha 29 de marzo de 2005, por la que se designó como árbitro al doctor Jorge Vega Velasco.

Todos los actos en los que participó el Dr. Jorge Vega Velasco, incluyendo la designación de la Presidente del Tribunal Arbitral y el Laudo Arbitral de Derecho emitido por el Tribunal Arbitral cuya composición fue indebida.

Emplazando para tal efecto en calidad de demandados a las siguientes personas:

- **Dr. Sergio León Martínez**, Presidente del Consejo Superior de Arbitraje.
- **Dr. Pedro Flores Polo**, Vocal del Consejo Superior de Arbitraje.
- **Dr. Jorge Jaramillo Chipoco**, vocal del Consejo Superior de Arbitraje.
- **Dr. César Fernández Arce**, vocal del Consejo Superior de Arbitraje.

### 1.1.3. Antecedentes

La recurrente como una empresa especialista dedicada al rubro de la operación de revisiones técnicas y afines, decidió participar en la Licitación Pública Especial Internacional N° 001-2004-MM/CEPRI-LIMA efectuada por la Municipalidad Metropolitana de Lima, con el fin de concesionar el servicio para Ejecución de la Infraestructura de las Plantas de Revisiones Técnicas y la Explotación del Servicio de Revisiones Técnicas Vehiculares para Lima Metropolitana, la misma que se adjudicó al Consorcio IVESUR S.A.-LIDERCON S.L. mediante Contrato de Concesión celebrado el 20 de setiembre de 2004, de donde, por discrepancias y circunstancias, surgen los casos arbitrales siguientes:

- a) Caso Arbitral N° 967-107-2004, seguido por la empresa Galashields contra Ivesur y Lidercon S.L.

- b) Caso arbitral N° 1032-148-2005, seguido por Ivesur S.A. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima y Lidercon Perú S.A.C.

En el primero de ellos, por un monto de \$ 5'000,000.00, la empresa Galashields S.A. demanda la supuesta obligación generada del incumplimiento de un contrato de Compromiso de Contratar de fecha 03 de agosto de 2004 y su cláusula adicional de fecha 20 de agosto de 2004, celebrado entre Galashields S.A. e Ivesur S.A, por el que debía hacerse partícipe en la composición de la sociedad Lidercon Perú S.A.C. constituida para la ejecución del Contrato de Concesión antes mencionado, en cumplimiento de, supuestamente, un convenio arbitral estipulado en dicho contrato; componiéndose así el Tribunal Arbitral, con la designación del Dr. Héctor Tafur Flórez por parte de la demandante, y en defecto de las demandadas, la hecha por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que recaía en el Dr. Jorge Vega Velasco, como árbitros, los que, en fin, designaron como presidenta del Tribunal Arbitral a la Dra. Elvira Martínez Coco.

#### 1.1.4. Fundamentos de hecho

**La ilegal actuación del Vocal del Consejo Superior de Arbitraje, Alonso Rey Bustamante, en los arbitrajes administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.**

- a) Iniciado el Proceso Arbitral N° 967-107-2004, y no obstante formulada la excepción de competencia por Ivesur S.A. debido a que el fuero arbitral no había sido en principio considerado para ventilar las controversias derivadas del mencionado Contrato, la recusación contra el árbitro designado por Galashields S.A.: Dr. Héctor Tafur Flórez, su consiguiente renuncia, y la designación, como sustituto, del Dr. Rodolfo Cortez Benejam, el Proceso continúa en trámite.
- b) En el ínterin, paralelamente, en el segundo Caso Arbitral N° 1032-148-2005 mediante escrito del 6 de diciembre de 2005 con ocasión de solicitar el nombramiento del Árbitro por defecto correspondiente a las demandadas y presentar queja por la demora en el Proceso Arbitral,

se advierte la ilegal e indebida participación de un miembro del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima: el Sr. Alonso Rey Bustamante como representante, asesor y abogado de la empresa Lidercon S.L. (demandada en ambos procesos), en infracción del Estatuto del propio Centro de Arbitraje.

- c) Como consecuencia, el Consejo Superior de arbitraje emite Resolución N° 119-2005/CSA-CCANI-CCL de fecha 6 de diciembre de 2005 amonestando a Ivesur S.A. en razón de los hechos expuestos, la misma que será revocada, por ilegal, a pedido de la recurrente, mediante Resolución N° 001-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 4 de enero de 2006 donde además el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima reconoce la infracción cometida a su propio Estatuto en sus artículos 15°, 16° y 17 por el vocal en mención en el sentido de su falta de idoneidad como vocal a la vez que representante y abogado de una de las partes del conflicto en el Proceso Arbitral.
- d) Sin embargo y producto del pedido de remoción del Sr. Alonso Rey Bustamante debido a las circunstancias irregulares de su actuación, acreditadas, acaece su renuncia al Consejo Superior de Arbitraje, la cual es aceptada por el Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Lima en su sesión del 4 de enero de 2006, y que se da a conocer a la recurrente mediante Carta N° P/020.01.06/SG de fecha 16 de enero de 2006 notificada el 18 de enero de 2006.

**Pedido de Nulidad de la Designación efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje y recaída en el Dr. Jorge Vega Velasco en el Arbitraje seguido por Galashields S.A.**

- a) En consecuencia con fecha 30 de enero de 2006, la recurrente solicita la nulidad de la designación del Dr. Jorge Vega Velasco como árbitro en el Proceso efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje, por considerarla viciada debido a la influencia del vocal Alonso Rey Bustamante que, aún su inhibición en la elección concreta, participó activamente como miembro en diversas sesiones del Consejo Superior de Arbitraje en las que este órgano resolvió diversas cuestiones relativas al proceso:

- Oposición al arbitraje;
  - Recusación de árbitro (Héctor Tafur Flores);
  - Determinación de Gastos, y;
  - Designación de árbitro.
- b)** De la omisión de sanciones correspondientes a la irregularidad con que venía desenvolviéndose referido vocal en dicha institución arbitral o asunción de acción alguna, destinada al menos, a eliminar toda posibilidad de nulidad que pudiera afectar su actuación al resolver asuntos respecto de la citada empresa Lidercon S.L., la recurrente infiere y expone la ausencia de independencia, neutralidad e imparcialidad por incompatibilidad en el cargo y la representación y defensa de los intereses de Lidercon S.L. en la actuación del vocal referido; asimismo evidencia una cuestionable solidaridad del consejo Superior de Arbitraje para avalar la permanencia del citado ex vocal incurriendo en vicios en la designación del árbitro, precisamente, en defecto de la empresa cuyos intereses defendía y patrocinaba uno de sus miembros: el señor Alonso Rey Bustamante, sin garantía, por tanto, de haberse constituido debidamente el Proceso.
- c)** La recurrente respalda su pretensión en lo resuelto en definitiva por el Tribunal Constitucional en el caso TELINFOR que interpuso Acción de Amparo contra la decisión del Consejo Superior de Arbitraje (ex Corte de Arbitraje) de no declarar fundada una recusación interpuesta contra los árbitros de un Tribunal Arbitral designado cuando un miembro del Consejo Superior de Arbitraje de aquel entonces, era abogado y asesor de una de las partes en el Proceso Arbitral.
- d)** La recurrente refuerza su alegato dando a conocer la forma antiética en la selección del Árbitro: Dr. Jorge Vega Velasco quien sería socio del estudio “Barreda Moller Abogados”, del cual también es socio el Dr. Hugo Sologuren Calmet, miembro del Consejo Superior de Arbitraje.

## **Pedido de Suspensión – Emisión de Laudo Arbitral**

- a) En razón a lo expuesto, con fecha 6 de febrero de 2006, la recurrente solicita la suspensión del proceso hasta que el Consejo Superior de Arbitraje resuelva el pedido de nulidad de designación del Dr. Jorge Vega Velasco, considerando produciría esta, efectos idénticos a los de una recusación.
- b) La recurrente presume una maniobra evasiva en los actos que siguieron al pedido de suspensión, ya que, días después, habiendo sido citados a rendir informe oral respecto a la solicitud de nulidad de designación de árbitro para el día 21 de febrero de 2006, el 6 de febrero de 2006, son notificados con el Laudo Arbitral que obliga a pagar suma de dinero y que figuraba como suscrita con fecha 30 de enero de 2006, día anterior a la presentación de referida solicitud de suspensión y con ausente referencia a la misma; esto, según lo expresa la recurrente, con la intención de evitar enfrentar los efectos de una eventual recomposición y asegurar el laudo, afectando, de esa manera, al debido proceso y ocasionando perjuicios y agravios a la recurrente, Ivesur S.A.
- c) Por tanto, resulta cuestionable la legitimidad del Laudo emitido por el Tribunal Arbitral compuesto por la Presidenta Elvira Martínez Coco, quien fue designada por el Dr. Jorge Vega Velasco (cuya designación se cuestiona) y por el Dr. Héctor Tafur Flórez, quien fue recusado y removido del Tribunal posteriormente.

## **Nulidad de la Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCI de fecha emitida por el Consejo Superior de Arbitraje**

- a) Una vez emitido el laudo, el Consejo Superior de Arbitraje resolvió declarando “no ha lugar” la solicitud de nulidad de Resolución que designó como árbitro al Dr. Jorge Vega Velasco, alegando la nula injerencia del Dr. Alonso Rey Bustamante en dicha designación, argumento refutado por la recurrente con la manifestación de los hechos antecedentes y apoyado con la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso TELINFOR S.A. en el que se reconoce la

afectación al debido proceso por la actuación de un miembro del Consejo Superior de Arbitraje como abogado y asesor de una de las partes en el proceso arbitral.

- b) Por estas razones, se considera que la decisión del Consejo Superior de Arbitraje plasmada en la Resolución N° 0029/CSA-CCANI-CCL de fecha 21 de febrero de 2006, debe quedar sin efecto y en su lugar debe declararse nula la resolución que designó al Dr. Jorge Vega Velasco, como árbitro de la recurrente.

#### **1.1.5. Fundamentos de Derecho**

##### **Tutela Jurisdiccional Efectiva – Derecho de Defensa.**

- a) La Tutela Jurisdiccional Efectiva como derecho fundamental de la persona, implica la posibilidad garantizada de acceder a la prestación jurisdiccional, es decir, obtener una resolución fundada jurídicamente, normalmente sobre el fondo de la cuestión que, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, haya o le hayan planteado ante los órganos jurisdiccionales. Esta garantía desarrollada a través del tiempo y por su naturaleza, goza del respaldo jurídico constitucional actualmente, y sus principios nutren nuestro ordenamiento jurídico vigente, viendo realizados sus alcances en: el acceder a la jurisdicción, al debido proceso, y que se cumplan las decisiones jurisdiccionales.
- b) El debido proceso como el conjunto de derechos y garantías, que de entre los fundamentales de ser humano, garantizan el acceso a la jurisdicción y el desarrollo de proceso justo que incluye el Derecho de Defensa al cual se recurre ante una eventual vulneración de los derechos individuales, para su restablecimiento por medio de mecanismos procesales regulares establecidas por ley que aseguren la defensa en juicio en forma razonable, que permitan tomar conocimiento de la pretensión deducida en su contra, ser oído en juicio defender sus derechos, contar con asistencia letrada, producir prueba y obtener una sentencia que oportunamente resuelva la causa; esto ante el Juez natural, es decir, ante el Tribunal permanente designado por la ley antes del hecho que es materia de la causa, con exclusión

de todo tipo de comisiones especiales; además, bilateralidad de la Audiencia y la igualdad de las partes en el proceso.

### **La Tutela Procesal Efectiva**

- a) El desarrollo de la doctrina y legislación nacional e internacional reconoce el derecho de la persona a acceder al sistema jurisdiccional cualesquier el tipo de proceso y en este se le garantice la oportunidad suficiente y razonable de ser oída, oponer defensas, producir pruebas, no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley, entre otros.
- b) Este reconocimiento constitucional y legislativo impide su postergación y consagra instituciones jurídicas vinculadas al fuero jurisdiccional y al debido proceso, así, establece su tutela extraordinaria mediante la acción constitucional de amparo.
- c) El derecho de defensa, garantía fundamental para el procesado, se encuentra recogido en el artículo 2º, inciso 23 y el artículo 139º, inciso 14 de la misma Carta Magna, y a su vez, universalmente, en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 8º literal D) y e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 14º, inciso 3, parágrafo b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 51º inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otros, siendo el derecho de defensa un necesario contrapeso a la jurisdicción y a la acción penal, por lo que está considerado como irrenunciable e inalienable.
- d) En el caso arbitral de la referencia, los derechos mencionados han sido vulnerados, debido a la parcial actuación del Consejo Superior de Arbitraje que tenía entre sus miembros a un vocal que a su vez representante, asesor y abogado de una de las partes en el conflicto arbitral, hubo de ejercer influencia en la designación de un miembro del Tribunal Arbitral en perjuicio de la recurrente obligada al pago de US\$ 5'000,000.00 mediante laudo arbitral emitido sin la consideración del pedido de suspensión oportunamente realizado, impidiendo así cualquier posibilidad de impugnación debido al afianzamiento que exige el Reglamento del Centro de Arbitraje para acudir a interponer

el recurso de anulación por la causal de indebida composición del Tribunal.

- e) Por esta razón se demanda se declare sin efecto la citada Resolución N° 0029/CSA-CCANI-CCL de fecha 21 de febrero de 2006.

#### **1.1.6. Vía Procedimental**

Se solicita el trámite de la demanda en la vía procesal prevista para la Acción de Amparo de conformidad con la Ley N° 28237.

#### **1.1.7. Medios Probatorios**

- a) Copia del Documento Nacional de Identidad del representante legal.
- b) Copia de la Escritura Pública de fecha 24.01.2005 otorgada ante Notario de España en la que constan las facultades del representante legal.
- c) Copia de pedido de remoción ante el Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Lima.
- d) Copia de la resolución del Consejo Superior de Arbitraje N° 001-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 4 de enero de 2006.
- e) Carta N° P/020.01.06/SG de fecha 16 de enero de 2006, remitida por la Presidencia de la Cámara de Comercio, dando cuenta de la renuncia del Sr. Alonso Rey Bustamante al cargo de vocal del Consejo Superior de Arbitraje.
- f) Copia de Nulidad formulado ante el Consejo Superior de Arbitraje.
- g) Copia del pedido de suspensión formulado ante el Tribunal Arbitral.
- h) Copia del laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral y recaído en el caso N° 967-107-2004.
- i) Copia de la Resolución del Consejo Superior de Arbitraje N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 21 de febrero de 2006.
- j) Copia de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la acción de amparo interpuesta por TELINFOR S.A.

## **1.2. AUTO DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA**

Mediante Resolución N° 01 de fecha 19 de junio de 2006, signado el caso con número de expediente 20929-2006, el Juez del 39° Juzgado Civil de Lima, declara IMPROCEDENTE la demanda incoada, por los motivos siguientes:

### **1.2.1. Fundamentos del Auto**

- a)** Los hechos y el petitorio no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (inc. 1 del artículo 5° de la Ley Procesal Constitucional).
- b)** La referida demanda pretende la revisión de lo actuado dentro del Proceso Arbitral.
- c)** No procede la Acción de Amparo “contra... resoluciones emanadas en procedimiento regular” (inc. 2 del art. 200 de la Constitución Política del Estado); el mismo que, se advierte, fue llevado a cabo en el referido proceso arbitral.
- d)** Por ello, además de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales (art. 9° del Código Procesal Constitucional), no cabe la revisión y pronunciamiento sobre los medios probatorios actuados en el Tribunal Arbitral.
- e)** No cabría por tanto, siguiendo el artículo 37° de la Ley Procesal Constitucional, tutelar el derecho invocado mediante el Proceso de Amparo.

## **1.3. APELACIÓN CONTRA AUTO DE IMPROCEDENCIA**

Con fecha 05 de julio de 2006, IVESUR S.A., al amparo de art. 47° del Código Procesal Constitucional, interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 01 de fecha 19 de junio de 2006 que declaró la improcedencia de la demanda incoada. La recurrente esgrime los siguientes fundamentos:

### **1.3.1. Fundamentación del agravio**

Error en los fundamentos de la resolución recurrida.

a) El Juzgado, al considerar inestimable como objeto del Proceso de Amparo la revisión de lo actuado en un Proceso Arbitral regular, desatendió que, el venido a escrutinio, era uno irregular.

b) No es objeto de la presente acción de garantía cuestionar el sentido de lo resuelto en el laudo arbitral dictado o de decisión vinculada al fondo de la controversia, sino, solicitar que el Juzgado declare la nulidad de resoluciones de carácter administrativo emitidas por el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima con infracción a las normas y garantías fundamentales –entre ellas la de Juez y Árbitro imparcial- que sustraídas al mencionado Proceso Arbitral han causado indefensión y violación al derecho al debido proceso.

c) La tutela solicitada es urgente y sólo es posible a través de la presente acción, por cuanto con la emisión del laudo bajo las reglas pactadas es necesario afianzar el importe de la condena como requisito de la admisibilidad de cualquier recurso de anulación de laudo.

#### **Agravio que nos ocasiona la resolución recurrida**

a) La resolución recurrida ocasiona agravio por cuanto con esta decisión se convalida un laudo dictado por un Tribunal Arbitral conformado en forma ilegal y viciada que lesiona directamente nuestro derecho a la legítima defensa.

### **1.4. RESOLUCIÓN QUE CONCEDE APELACIÓN**

Mediante Resolución N° 2 de fecha 14 de julio de 2006, en orden a los arts. 365° (inc. 2), 366°, 367°, 371° del Código Procesal Civil, aplicados supletoriamente según lo dispuesto en el art. IX del Código Procesal Constitucional, el Juez CONCEDE la apelación interpuesta, CON EFECTO SUSPENSIVO, elevando los autos al Superior Jerárquico.

## ❖ **APERSONAMIENTO DEL DEMANDADO**

Con fecha 05 de setiembre de 2006, mediante escrito, uno de los demandados en el Proceso de Amparo: Dr. Sergio Alejandro León Martínez, se apersona al mismo.

## ❖ **ELEVACIÓN DE EXPEDIENTE AL SUPERIOR**

Con fecha 20 de Setiembre de 2006, mediante Oficio N° 20929-06-39°JCL-SSM, se elevan los autos a la Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

### **1.5. RESOLUCIÓN SUPERIOR QUE REVOCA LA IMPROCEDENCIA**

Con fecha 16 de julio de 2007 mediante Resolución N° 7, en el presente caso signado con número de expediente 2614-2006, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima declara NULA la Resolución N° 1 de fecha 19 de junio de 2006 y ORDENA al Juez de la causa que proceda a calificar nuevamente la demanda con arreglo a Ley.

#### **1.5.1 Fundamentos de la Revocación**

**a)** Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva (art. I del Título Preliminar del Código Procesal Civil; art. 139° inciso 3 de la Carta Magna), imprescindible por el órgano judicial en la constitución del proceso como camino necesario y obligado para obtener una resolución (Sentencia en Exp. N° 265-2000-AA/TC).

**b)** El Juez de la causa consideró que el objeto de la demanda era la revisión de Resoluciones y actos en el Proceso Arbitral, siendo más bien, el amparo de su derecho de tutela procesal efectiva – al debido proceso en su variable que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, reconocidos en el art. 139° inc. 3) de la Constitución Política del Perú, en concordancia al art. 37° inc. 16) del Código Procesal Constitucional, por la indefensión ocasionada en el Proceso Arbitral con indebida composición del Tribunal Arbitral, hecho

lesivo de su derecho al debido proceso que expedita su protección mediante el proceso de amparo, por encontrarse protegido.

**c)** Que, el Juzgador ha calificado la demanda emitiendo prematuramente juicios de valor sobre aspectos que corresponden ser analizados y abordados en estadio distinto (decisorio), con mayores elementos de juicio, incurriendo en causal de nulidad al denegar el acceso a la jurisdicción y a un pronunciamiento fundado en Derecho, en evidente inaplicación del principio de Tutela Jurisdiccional efectiva.

## **1.6. APERSONAMIENTO Y ACTOS DEL LITISCONSORTE**

Con fecha 10 de agosto de 2007, ante la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, en el caso con expediente N° 2614-2006, GALASHIELDS S.A. debidamente representada por el Sr. Jorge Leonardo Alfaro Bravo, se apersona solicitando ser admitido en el proceso como litisconsorte necesario.

### **1.6.1. Fundamentos de la solicitud de litisconsorcio**

#### **Sobre la Acción de Amparo pretendida**

**a)** Que la presente demanda se basa en una conjetura, en el falso hecho de que la indebida designación del árbitro Jorge Vega Velasco por el miembro del Consejo Superior de Arbitraje: Dr. Alonso Rey Bustamante, se debería a la afinidad entre este y el Dr. Payet, abogado de la parte codemandada en el Proceso Arbitral, LIDERCON S.L., ambos, miembros socios del Estudio Payet, Rey & Cauvi, Abogados.

#### **Fundamentos para la admisión del apersonamiento**

**a)** Como demandante en el Proceso Arbitral relacionado al presente Proceso de Amparo, la parte apersonada: GALASHIELDS S.A. se vería afectada por las decisiones que se efectúen en él, por tanto y conforme al art. 54° del Código Procesal Constitucional, solicita se la admita como litisconsorte necesario.

**b)** La innegable maniobra dilatoria de la recurrente IVESUR S.A., evidente de la discrepancia entre su discurso de habersele vulnerado su derecho al debido proceso y el antecedente en el Proceso Arbitral referido en el que, hasta el 22 de febrero de 2005, gozaba del patrocinio del Estudio Payet, Rey & Cauvi, Abogados, y cuyos miembros socios eran: el Dr. Rey Bustamante entonces vocal del Consejo Superior de Arbitraje y el Dr. Payet abogado de LIDERCON S.L. codemandada junto a IVESUR S.A., cuya condición era conocida por IVESUR S.A. y que en omisión procedieron faltando a la oportunidad como a la regularidad en pos de lograr la nulidad procesal, bajo el írrito argumento que el Dr. Alonso Rey Bustamante era apoderado de su codemandada.

### **Fundamentos por los que confirmar la Improcedencia**

**a)** La imposibilidad probatoria por no existir la etapa para esta actuación y la necesidad de un examen de los actuados en el proceso arbitral.

**b)** Inoportuna actuación de IVESUR S.A. que demuestra deslealtad y falta a los principios procesales tales como los de buena fe procesal, probidad y lealtad.

**c)** Inexistencia de vicio en la designación de árbitro por la nula injerencia del Dr. Rey en ella y la independencia del Tribunal Arbitral demostrada en la desestimación al pedido de oposición al arbitraje de LIDERCON S.A. (codemandada en el referido proceso arbitral y asesorada por un socio del Dr. Rey).

**d)** De lo anterior se colegiría la intención calumniosa de desacreditar a las autoridades arbitrales debido al vínculo laboral entre ellos, por ser el árbitro Dr. Vega abogado junto al Dr. Sologuren (otro miembro del Consejo) en el mismo Estudio Jurídico.

**e)** La independencia y autonomía funcional, por Ley, del Consejo y la de los árbitros.

f) IVESUR S.A. había iniciado otro proceso de amparo contra los miembros del Tribunal Arbitral, por los mismos hechos. Lo expuesto demuestra que, mediante recursos dilatorios existe la pretensión de evitar la ejecución del laudo arbitral emitido válidamente.

### **1.6.2. Litisconsorte deduce nulidad de la Revocación**

Con fecha 14 de setiembre de 2007, GALASHIELDS S.A. deduce nulidad de la Resolución N° 7 de fecha 16 de julio de 2007 que declara nula la Resolución N° 1 que declara la improcedencia del proceso de amparo accionado; y que ordena que el Juez de la causa proceda a calificar nuevamente la demanda con arreglo a Ley.

### **Fundamentos para la nulidad de Resolución**

a) La parcial y sesgada información brindada por la demandante, que determinara la emisión de una Resolución incompleta e inexacta.

b) La Secretaría de la Sala debió advertir la calidad de parte interesada de la nulidicente en el proceso y correrle traslado de la demanda de Acción de Amparo, para poder ejercer su defensa en forma oportuna y no se incurra así, en una causal de nulidad de la Resolución dictada, por contravenir con el derecho constitucional al debido proceso (arts. 139° incs. 3), 149) de la Constitución Política del Perú, y 171°, 174° del Código Procesal Civil).

### **1.6.3. Improcedencia de la nulidad deducida**

Con fecha 12 de octubre de 2007 la Sexta Sala Civil emite Resolución, en orden a los arts. 128° y 175° del Código Procesal Civil, declarando IMPROCEDENTE la NULIDAD solicitada.

### **Fundamentos de la Improcedencia**

a) La nulidicente no figura como demandada en la demanda de acción de amparo interpuesta, por ello no le correspondió ser notificada junto con los demandados, al no haberse legitimado su intervención en el proceso, más aun cuando todavía no se ha producido Litis en el proceso.

**b)** La nulidicente interviene en el proceso con posterioridad a la expedición regular de la Resolución de fecha 16 de julio de 2007 y no ha acreditado el agravio que supuestamente le haya causado la Resolución cuestionada.

#### **1.6.4. Apelación contra resolución de improcedencia**

Con fecha 26 de mayo de 2008, GALASHIELS S.A. interpone Recurso de Apelación contra la Resolución de fecha 12 de octubre de 2007 que le fuera notificada el 21 de mayo de 2008.

#### **Fundamentación del agravio**

##### **Errores de hecho y naturaleza del agravio**

**a)** Vulneración al derecho de defensa por no haber sido emplazados con la demanda e incorporados al proceso en el que las decisiones afectarían a GALASHIELS S.A.

**b)** La ausencia de etapa probatoria, por ende, la de actuación pruebas de los actuados en el proceso arbitral en cuestión.

**c)** La intención maliciosa de evitar el cumplimiento de laudo arbitral que condena a IVESUR S.A. y su codemandada LIDERCON S.L. al pago de suma dineraria a favor de GALASHIELS S.A.

##### **Sustento de la pretensión impugnativa**

**a)** El principio constitucional universal de pluralidad de instancias, conforme a la Constitución Política del Perú y el art. 364° del Código Procesal Civil.

#### **1.6.5. Resolución de improcedencia de apelación**

Con fecha 09 de junio de 2008 la Sexta Sala Civil emite Resolución que DECLARA IMPROCEDENTE el recurso de apelación contra resolución de fecha 12 de octubre de 2007 que declaró la improcedencia de nulidad deducida por el litisconsorte GALASHIELDS S.A.; se fundamenta en la inviabilidad del medio impugnatorio interpuesto al no encontrarse dentro

del supuesto de excepción contemplado en el inciso 2° del art. 365° del Código Procesal Civil, además de haber el Superior Colegiado actuado como Órgano revisor al absolver el grado mediante resolución de fecha 16 de julio de 2007.

#### **1.6.6. Casación**

Con fecha 07 de agosto de 2008, GALASHIELDS S.A. interpone Recurso de Casación CONTRA LA Resolución de fecha 09 de junio de 2008 que declara Improcedente el recurso de apelación y que les fuera notificada el 07 de julio de 2008.

#### **Requisitos de admisibilidad**

El presente recurso cumple con los requisitos de forma previstos por el art. 387° del Código Procesal Civil.

#### **Causal invocada**

La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales (art. 386° inc. 3 ) del Código Procesal Civil).

#### **Antecedentes**

a) La solicitud de arbitraje presentada por GALASHIELS S.A. el año 2004 contra IVESUR S.A. y LIDERCON S.L., en cuyo proceso se dictó Resolución N° 029-2006/CCANI-CCL a propósito de la cual IVESUR S.A. interpone demanda de acción de amparo por habersele vulnerado el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, que, calificada de improcedente por el A quo mediante Resolución N° 01 de fecha 19 de junio de 2006, fue apelada, prosperando en la Resolución de fecha 16 de julio de 2007 emitida por la Corte Superior de Lima, contra la que GALASHIELS S.A. dedujo nulidad ante la Sala, por considerar se incurrió en vicio al omitírsele su notificación como parte interesada; nulidad declarada improcedente mediante Resolución de fecha 12 de octubre de 2007 que mereció apelación efectuada con fecha 26 de mayo

de 2008 declarada improcedente mediante Resolución de fecha 09 de junio de 2008 por el mismo Órgano Superior.

### **Argumentos que sustentan la causal invocada**

a) El principio constitucional universal de la doble instancia, transgredido al declarar improcedente el recurso de nulidad oportunamente interpuesto.

b) El debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, vulnerados al haberse omitido la notificación (Art. 155° del Código Procesal Civil) e integración al proceso como parte o tercero legitimado de GALASHIELS S.A. por verse sus intereses comprometidos con el presente proceso de amparo.

### **1.6.7. Resolución de improcedencia de apelación**

Mediante Resolución de fecha 07 de agosto de 2008, la Sexta Sala Civil DECLARA IMPROCEDENTE lo interpuesto por GALASHIELS S.A. contra Resolución de fecha 09 de junio de 2008.

## **II. CALIFICACIÓN**

### **2.1. ADMISIÓN DEL PROCESO DE AMPARO**

Mediante Resolución N° 4 de fecha 30 de octubre de 2008 emitido por el 39° Juzgado Civil, devuelto el expediente de la Sexta Sala Civil de Lima para cumplimiento de lo ordenado, verificada la conformidad de la demanda con lo exigido por los Arts. 425° y 426° del Código Procesal Civil y el Art. 42° del Código Procesal Constitucional, no incurriendo en causales de inadmisibilidad e improcedencia, se ADMITE EL PROCESO DE AMPARO interpuesto por IVESUR S.A. corriendo el traslado correspondiente.

## 2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Con fecha 19 de diciembre de 2008 ante el Trigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, el demandado Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima contesta la demanda en los términos siguientes:

### 2.2.1. Antecedentes

a) El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima tiene a su cargo la administración de los casos:

- Caso Arbitral N° 967-107-2004 seguido por la empresa GALASHIELS S.A. contra las empresas IVESUR S.A. y LIDERCON S.L.
- Caso arbitral N° 1032-48-2005, seguido por IVESUR S.A. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima y LIDERCON PERÚ S.A.C.

b) La empresa IVESUR S.A. pretende se declare nula y sin efecto la Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 21 de febrero de 2006 y la Resolución N° 003-2006/CSA-CCANI-CCL emitidos en el Caso Arbitral N° 967-107-2004 así como todos los actos donde participó como árbitro el Dr. Jorge Vega Velasco designado por el Consejo Superior de Arbitraje en defecto de la designación requerida a los demandados.

c) Del caso 1032-048-2005, IVESUR S.A. observa la participación del Dr. Rey Bustamante como asesor y representante de la empresa LIDERCON S.L. en un proceso donde intervenía una de las empresas vinculadas; infracción que se reconoció cometida, mediante Resolución N° 01-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 04 de enero de 2006 emitida por el Consejo Superior de Arbitraje. No obstante ser el Sr. Alonso Rey Bustamante asesor de la empresa LIDERCON S.L. y no de la empresa LIDERCON PERÚ S.A.C.

## **De la intervención del vocal Alonso Rey Bustamante en el Caso Arbitral N° 1032-048-2005**

a) El Art. 18° del Estatuto del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima sostiene que: “Los consejeros y el personal de la Secretaría General, durante el ejercicio del cargo, no pueden intervenir en calidad de representantes, árbitros, peritos, asesores o abogados de las personas naturales o jurídicas que participan como parte en los arbitrajes tramitados ante el Centro”.

b) En el Caso Arbitral N° 1032-048-2005 el Dr. Alonso Rey habría ostentado el cargo de representante de la empresa LIDERCON S.L., mientras que la empresa parte en el proceso bajo análisis era la empresa LIDERCON PERÚ S.A.C. que aunque vinculada a la primera, distinta en cuanto a sus facultades decisorias y administrativas.

c) En el Caso Arbitral 967-107-2004, si bien existió participación del Dr. Alonso Rey con su consecuente renuncia, no intervino en la designación del árbitro Dr. Jorge Vega como consta en el Acta de designación en la sesión del Consejo Superior de Arbitraje; por tanto la pretendida nulidad de los actos y el laudo arbitral por una viciada composición del Tribunal Arbitral no tendría sustento, como tampoco los alegatos injustificadas respecto a la injerencia de otro vocal de la Corte, el Dr. Hugo Sologuren Calmet.

### **2.2.2. Fundamentos de hecho**

a) El Dr. Alonso Rey Bustamante no participó ni influenció en la designación del árbitro en defecto de IVESUR S.A., pues aquella se llevó a cabo mediante el procedimiento establecido por el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

b) La intención de IVESUR S.A. sería la de incumplir la obligación decidida en el laudo arbitral, el cual se encuentra firme al no haberse interpuesto el recurso de anulación correspondiente.

**c)** El Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (EL CENTRO), es una institución cuya finalidad es contribuir en la solución de controversias a través del apoyo en la administración de procesos arbitrales cuya cláusula modelo informa a los administrados en arbitraje al sometimiento de las partes en forma incondicional a las normas, administración y decisión.

**d)** El Art. 18° del Reglamento de EL CENTRO señala, entre otros, como requisito previo a la petición de arbitraje, la copia de la documentación del convenio arbitral o evidencia del compromiso escrito de las partes de someter sus controversias al arbitraje, y de no haberla, la intención del demandante de hacerlo.

### **Aspectos relevantes de la Acción de Amparo**

**a)** IVESUR S.A. pretende la nulidad de las decisiones y el laudo emitidos en el Proceso Arbitral N° 967-107-2004 sin considerar el procedimiento regular prescrito en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y la Ley General de Arbitraje.

**b)** Instalado el Tribunal Arbitral, los árbitros son competentes para conducir el proceso y para pronunciarse sobre cualquier tipo de cuestionamiento, incluso para decidir acerca de su propia competencia (Art. 36° del Reglamento mencionado), principio fundamental que atraviesa verticalmente todo proceso arbitral, esto es, el de Kompetenz-Kompetenz (corroborado por el Art. 39° de la Ley General de Arbitraje); por tanto las partes se encuentran obligadas a dirigirse a estos a fin de ventilar sus desacuerdos, como sucedió con el pedido de suspensión desestimado por el Tribunal Arbitral, sin injerencia de la Corte Superior de Arbitraje ni del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

**c)** Por lo anterior la demanda de amparo sería insostenible por estar dirigida contra la Corte de Arbitraje.

**d)** IVESUR S.A. ante cualquier cuestionamiento debió acudir al recurso de aclaración, y de persistir aquel, acudir al recurso de anulación

de laudo, y sólo en esta última instancia, acudir a la acción de amparo que en esta ocasión pretende un resultado que tuvo que ventilarse legalmente en otra vía.

e) El Tribunal Constitucional en la sentencia N° 6167-2005-PHC/TC, reconoce la independencia jurisdiccional del fuero arbitral, y el control judicial ex-post mediante la apelación y anulación del laudo, los que serán canalizados según las reglas del Código Procesal Constitucional y luego de haber agotado las vías previas.

### **2.2.3. Fundamentos de Derecho**

a) Se ampara la posición en lo dispuesto en los Arts. 1°; 6°, 9°, 12° y 39° de la Ley General de Arbitraje, así como en las disposiciones del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

### **2.2.4. Medios Probatorios**

a) El mérito de la Sentencia Cantuarias Salaverry (Sentencia 6167-2005-PHC/TC) emitida por el Tribunal Constitucional.

b) El mérito de las pruebas ofrecidas por el recurrente en su escrito de demanda

## **2.3. RESOLUCIÓN QUE CONCEDE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante Resolución N° 9 de fecha 29 de enero de 2009, el 39° Juzgado Civil da por apersonados a los demandados representados por el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, y por contestada la demanda.

### **❖ DESIGNACIÓN DE NUEVO JUZGADO**

Mediante Resolución N° 10 del 4 de marzo de 2009, creada la Especialidad Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, el presente caso es asignado al 8° Juzgado Constitucional.

## 2.4. INFORME ESCRITO DE LA DEMANDANTE

Con fecha 24 de abril de 2009, la demandante IVESUR S.A. expone las razones por las que considera debe declararse fundada su demanda de amparo.

### Resumen de la Pretensión

- a) Se declaren nulos: la Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 21 de febrero, que rechazó el pedido de nulidad de la Resolución N° 0033-2005/CSA-CCANI-CCL de fecha 29 de marzo de 2005, ésta a su vez, por designar, con vicio, al Dr. Jorge Vega como árbitro, así como las actuaciones del referido árbitro, esto es en el Proceso Arbitral N° 967-197-2004.
- b) Se fundamenta la pretensión en que la designación del árbitro, Dr. Jorge Vega fue realizada por el Consejo, estando este conformado, entre otros, por el Dr. Alonso Rey, abogado y representante de una de las partes: LIDERCON PERÚ S.A.C.
- c) Este hecho que significaba la transgresión del Estatuto del Centro de Arbitraje, fue reconocido por el Consejo mediante Resolución N° 001-2006 y desencadenó en la renuncia del Dr. Alonso Rey al Consejo (como se admite en la contestación de la demanda), de lo que se notificara a IVESUR S.A. desde la Presidencia de la Cámara de Comercio de Lima.
- d) Por ello la designación del referido árbitro, en dichas condiciones, afectaría el derecho al debido proceso y la garantía del ser juzgado por un Juez objetivamente imparcial.

### Nulidad de los actos del Dr. Jorge Vega

- a) En el marco de un arbitraje institucional, el Consejo Arbitral designa al árbitro en defecto de la designación por una de las partes o a pedido de ellas con la garantía de la imparcialidad, independencia y transparencia en las decisiones, que se vieron afectas por el irregular nombramiento del árbitro mencionado, así como se afectó al derecho al debido proceso en su manifestación de garantía de Juez natural (Art. 139° de la Constitución

Política del Estado) que “comporta la predeterminación del órgano judicial y también de su competencia. Desde esta (...) perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc” .

**b)** La regulación arbitral persigue siempre que el nombramiento de los árbitros se realice de modo equilibrado, de tal suerte que ninguna de las partes pueda hallarse en relación de preeminencia respecto de la otra al momento de escoger a los árbitros , esquema de equilibrio trastocado, por la participación en el Consejo, del representante de una de las partes.

**c)** De tales garantías no está exenta la jurisdicción arbitral, tal como lo señala el Tribunal Constitucional cuando expresa: “... la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”

**d)** Del Juez se requiere determinada capacidad genérica (psicológica o anímica) tal que permita y garantice su imparcialidad, y a las partes, el derecho de pretender y esperar que dicho juzgador no se encuentre en ninguna clase de situación que pueda comprometer en cualquier medida el trato igualitario a las partes litigantes.

**e)** En ese sentido la designación del Dr. Jorge Vega devendría en un acto nulo, así como sus actuaciones, que a la par del laudo emitido con omisión de respuesta al pedido de suspensión de las actuaciones como a la de otros reclamos, sin razón legal, han significado la afectación al derecho al debido proceso.

## **Los argumentos de la demandada carecen de sustento**

**a)** La demandada contradice la pretensión de la demandante argumentando que el Dr. Alonso Rey Bustamante era representante de LIDERCON S.L. y no de LIDERCÓN PERÚ S.A.C. que era parte del arbitraje; además que el Dr. Alonso Rey Bustamante no participó en la designación del árbitro Jorge Vega Velasco.

**b)** A tales argumentos se refuta que: El alegato a la denominación de la empresa es un formalismo irrelevante pues LIDERCON S.L. y LIDERCON PERU S.A.C. tienen por definición una comunidad de intereses, la primera es la matriz española y la segunda es la constituida para funcionar en Perú, y que de no haber sido esta la consideración del Consejo, no habría reconocido y declarado la violación al Estatuto del Centro de Arbitraje con consecuente renuncia del Dr. Alonso Rey Bustamante (miembro del Consejo) a propósito de su participación como Vocal a la vez que representante de LIDERCON PERU S.A.C. con ocasión de la designación de árbitro, en la que habría tenido injerencia.

**c)** Se concluye entonces que los argumentos del Consejo contradicen sus propios actos, y la evidente falta a la imparcialidad en la elección del órgano jurisdiccional, acreditándose la afectación al derecho constitucional al debido proceso.

## **2.5. SENTENCIA**

Mediante Resolución N° 12 de fecha 18 de mayo de 2009, el Octavo Juzgado Especializado en lo Constitucional dicta Sentencia declarando IMPROCEDENTE la demanda, con las siguientes motivaciones:

### **Vistos**

IVESUR S.A. interpone demanda contra los miembros del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, solicitando:

a) Se declare nula y sin efecto la Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL que declaró No ha lugar el pedido de nulidad de la Resolución N° 0033-2005/CSA-CCANI-CCL, emitidas por el Consejo Superior de Arbitraje.

b) Se declare nula y sin efecto la Resolución N° 0033-2005/CSA-CCANI-CCL, que designa como árbitro al Dr. Jorge Vega Velasco en el Proceso Arbitral N° 967-107-2004.

c) Se declaren nulos y sin efecto todos los actos en los que participó el Dr. Jorge Vega Velasco en el Proceso Arbitral N° 967-107-2004.

### **Hechos que amparan la demanda**

a) IVESUR S.A. decide participar junto a LIDERCON S.L. en la Licitación Pública Especial Internacional N° 001-2004-MM/CEPRI-LIMA por la concesión del servicio para la Ejecución de la Infraestructura de la Plantas de Revisiones Técnicas y la Explotación del Servicio de Revisiones Técnicas Vehiculares para Lima Metropolitana, la misma que les fuera adjudicada y celebrada mediante contrato con fecha 20 de setiembre de 2004.

b) Debido a discrepancias entre dichas empresas, se iniciaron los procesos arbitrales N° 967-107-2004 seguido por GALASHIELDS contra IVESUR y LIDERCON y 1042-118-2005 seguido por IVESUR S.A. contra La Municipalidad Metropolitana de Lima y LIDERCON S.A.C.

c) En el caso N° 967-107-2004 por las supuestas obligaciones asumidas y pactadas en un contrato de Compromiso de Contratar entre la recurrente y GALASHIELDS S.A. que habría acarreado en favor de esta el pago de la suma de \$. 5'000,000.00 por haberse incumplido hacerla participar en la composición de la sociedad LIDERCON PERU S.A.C. constituido para ejecutar el Contrato de Concesión mencionado.

d) Iniciado el proceso, recusado el árbitro por la demandante, designado por defecto el árbitro de las demandadas (entre ellas IVESUR); en el interior del segundo proceso N° 1032-148-2005, advirtieron la

participación indebida en el Consejo Superior de Arbitraje, del abogado, asesor y a su vez representante de la empresa LIDERCON S.L., el Dr. Alonso Rey Bustamante, hecho que transgrediría el Estatuto del Centro de Arbitraje; observación rechazada mediante Resolución N° 0119-2005/CSA-CCANI-CCL que contenía además una amonestación a la recurrente.

**e)** Dicha negativa condujo a la recurrente a solicitar la remoción del citado vocal ante el Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Lima y que determinara su renuncia, la misma que fue aceptada por el Comité Ejecutivo de la Cámara, reconocido por el Consejo Superior de Arbitraje mediante Resolución N° 001-2006 que a su vez dejó sin efecto la amonestación impuesta, quedando así establecida la infracción incurrida por el citado vocal del Consejo Superior de Arbitraje.

**f)** Con fecha 30 de enero de 2006 la recurrente solicitó la nulidad de la designación del Dr. Jorge Vega Velasco, efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje considerándola viciada por la indebida actuación del referido vocal Alonso Rey en el Consejo Superior de Arbitraje, que, aunque se advierte su inhibición en dicha designación, su influencia en el Consejo era inevitable por tanto las decisiones tomadas por tal Colegiado adolecen de parcialidad y falta de independencia, revistiéndose de gravedad por el hecho de haber sido de conocimiento del referido vocal y del Consejo de Arbitraje que omitieron su desvinculación y sanción respectivamente. Ante tal situación, la recurrente, solicita la suspensión del Proceso con fecha 06 de febrero de 2006 ante el Tribunal Arbitral hasta que el Consejo Superior resuelva el pedido de nulidad, no obstante el Tribunal Arbitral, emite laudo arbitral fechado el 30 de enero de 2006 a fin de evadir tener que dar cuenta de su pedido de suspensión de fecha 30 de enero de 2006, una recomposición del Tribunal Arbitral y del Laudo mismo.

**g)** La recurrente advierte también en su pedido de nulidad la relación entre el designado árbitro Dr. Jorge Vega y otro miembro del Consejo

Superior de Arbitraje el Dr. Hugo Sologuren Calment, ambos socios del Estudio “Barreda Moller Abogados”.

**h)** Emitido ya el laudo que declarara fundada la demanda, el pedido de nulidad declarándole “no ha lugar” mediante Resolución N° 0029-2006/CSA/CCANI-CCL de fecha 21 de febrero de 2006, que debería quedar sin efecto, y en su lugar declararse nula la Resolución de designación del árbitro en referencia, porque de lo contrario ser estaría vulnerando el derecho de la recurrente al debido proceso.

### **De la contestación de la demanda**

**a)** Admitida la demanda mediante Resolución N° 04, la demandada contesta la demanda; admite tener a su cargo los casos arbitrales mencionados, el proceso de designación de los árbitros realizado, el conocimiento de la condición entonces del Dr. Bustamante como asesor y representante de la empresa LIDERCON S.L., la emisión de la Resolución N° 001-2006/CSA-CCANI-CCL con el reconocimiento de la infracción cometida por el Dr. Alonso Rey al Estatuto y su consecuente renuncia al Consejo Superior de Arbitraje.

**b)** La condición de vocal del Consejo Superior no impide el desempeño profesional en asesoría o representación o defensa; hay una restricción a esta función, siempre que existiendo un proceso arbitral, este se lleve a cabo en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

**c)** El Sr. Rey Bustamante era abogado, representante y asesor de la empresa LIDERCON S.L. mientras que la parte en el proceso arbitral bajo análisis era la empresa LIDERCON S.A.C., empresa, si bien vinculada a la primera, era distinta a ella en cuanto a sus facultades decisorias y administrativas.

**d)** En el caso N° 967-107-2004 la designación del árbitro por defecto Dr. Jorge Vega no habría contado con la participación del Dr. Rey Bustamante como se desprende del Acta de designación, en Sesión del Consejo Superior de Arbitraje, con lo que puede desacreditarse el

argumento efectivista del demandante de la falta de independencia del Consejo y sus criterios, que esgrime pretendiendo incumplir lo decidido en el laudo.

**e)** La manifestación de voluntad de las partes basta para el sometimiento de ellos a la competencia del Centro de Arbitraje y su Reglamento, en donde las decisiones corresponden al Tribunal Arbitral y no a la Cámara de Comercio con función Administrativa del Proceso, y el Art. 18° del Reglamento del Centro establece los requisitos para la petición de arbitraje, entre ellos la constancia de Convenio Arbitral o evidencia del compromiso escrito de sometimiento de las controversias a Arbitraje, o la intención del demandante de someter a arbitraje una controversia determinada, no obstante no existir Convenio Arbitral, revisados los cuales el Secretario General pondrá en conocimiento del demandado, a fin de que éste se apersona dentro del plazo de 5 días de notificado, siendo irrevisable toda decisión de la Secretaría General referida a la admisión a trámite o no de la petición de arbitraje.

**f)** La recurrente no habría cumplido con el cuestionamiento de las decisiones tal como lo dispone el Reglamento del Centro, ni las disposiciones de la Ley General de Arbitraje aplicable supletoriamente. Una vez instalado el Tribunal Arbitral, los árbitros son competentes para conducir el proceso y para pronunciarse sobre cualquier tipo de cuestionamiento, incluso para decidir acerca de su propia competencia.

**g)** El pedido de suspensión del proceso no fue acogido por el Tribunal Arbitral en el marco de su jurisdicción y exclusiva competencia, por lo que la acción de amparo no reviste sustento pues e dirige contra la Corte de Arbitraje.

**h)** No obstante, de haber existido algún tipo de cuestionamiento por parte de la empresa recurrente, con relación a la decisión por parte del Tribunal Arbitral de emitir el laudo respectivo, tuvo que ser efectuado a través del Recurso de aclaración respectivo, y de persistir, tuvo que acudir al recurso de anulación del laudo, en omisión de los cuales se ha incumplido la vía previa establecida en función de la jurisdicción de los

árbitros, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 617-2005-PHC/TC al expresar que cuando exista un Convenio Arbitral, la vía adecuada para hacer valer los derechos de las partes contendientes será el arbitraje y que en caso se alegue una vulneración a derechos constitucionales, el presunto agraviado deberá agotar los recursos establecidos por la Ley General de Arbitraje y posteriormente, acudir a la vía Constitucional –como es el caso- a través de la acción de amparo.

### **Considerando**

**a)** Objeto de la acción de amparo: es objeto de los procesos constitucionales proteger los derechos constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de estos derechos, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo; particularmente el proceso de amparo, procede conforme lo señala el inciso 2) art. 200° de la Constitución Política del Perú, contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución Política del Perú detallados en el art. 37° del Código Procesal Constitucional.

**b)** Sobre el fondo del asunto: Del petitorio de la demanda se advierte que el actor peticiona.

- Se declare nula y sin efecto la Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL emitida por el Consejo Superior de Arbitraje que declaró no haber lugar al pedido de nulidad de la Resolución N° 003-2005/CSA-CCANI-CCL.
- Se declare nula y sin efecto la Resolución N° 033-2005/CSA-CCANI-CCL emitida por el Consejo Superior de Arbitraje que designa como árbitro al Dr. Jorge Vega Velasco en el Proceso N° 967-107-2004 seguido por GALASHIELDS S.A. contra la recurrente y otro.
- Se declaren nulos y sin efecto los actos en los que participó el Dr. Jorge Vega en el Proceso Arbitral N° 967-107-2004.

- La empresa actora cuestiona la indebida participación en los casos en referencia, del Dr. Alonso Rey como vocal, a la vez que abogado, representante y asesor de LIDERCON S.L., donde participara en la designación del árbitro Dr. Jorge Vega; hechos que dieron pie al pedido de su remoción que ocasionara su renuncia.
- La participación del Dr. Alonso Rey en el Consejo Superior de Arbitraje no generó consecuencias sobre el fondo de la controversia, toda vez que oportunamente presentó su carta de renuncia como vocal en dicha instancia, la misma que le fuera aceptada; no acreditándose haberse producido indefensión en la demandante.
- El fondo de la controversia, especialmente el laudo, no pueden ser objeto de revisión en esta instancia .
- En ese sentido, no habiendo la demandante cumplido con agotar todos los recursos pertinentes dentro del proceso arbitral impugnando el laudo arbitral, no es procedente la demanda de amparo, toda vez que la accionante no acredita haber interpuesto el recurso de anulación del laudo y menos que haya sido resuelto en la vía arbitral correspondiente, por lo expuesto, el 8° Juzgado Constitucional falla declarando IMPROCEDENTE la demanda de amparo interpuesta por IVESUR S.A. contra los miembros del Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

## **2.6. APELACIÓN DE LA SENTENCIA**

Con fecha 29 de mayo de 2009 la demandante interpone Recurso de Apelación de sentencia solicitando sea revocada, y se declare fundada la demanda, argumentando lo siguiente:

### **2.6.1. Fundamentos de la Sentencia apelada**

- a) Supuestamente no se habría agotado la vía previa; se habría tenido que “acudir al recurso de anulación de laudo”.

**b)** Respecto al fondo de la controversia, la participación del vocal Dr. Alonso Rey Bustamante como miembro del Consejo Superior del Centro de Arbitraje, en los procesos indicados, no habría generado ninguna consecuencia en el fondo de la controversia, pues habría renunciado oportunamente como vocal del referido Consejo Superior de Arbitraje.

### **2.6.2. Fundamentos para la procedencia de la demanda**

**a)** Sí, se agotaron los recursos arbitrales respectivos tal como lo reconoce (contradictoriamente) el mismo Juzgado en su sentencia al citar que: “(...) el Tribunal Arbitral incluso ha emitido pronunciamiento denegando el pedido formulado por la parte demandante (...)”.

**b)** La solicitud de suspensión del proceso arbitral mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2006, hasta que se resuelva el pedido de nulidad del nombramiento del árbitro Jorge Vega Velasco.

**c)** La improcedencia de un recurso de anulación del laudo, pues se denuncia una afectación constitucional, que no encuadra dentro de las causales de anulación de laudo previstas en la Ley General de Arbitraje (vigente al momento de laudo) que aun “contempladas de manera taxativa y aunque su interpretación sea extensiva, esta discrecionalidad (o flexibilidad) tiene límites infranqueables. Lo anterior no implica por lo demás, que exista un vacío normativo o una zona donde no haya control de la arbitrariedad (en la que podrían incurrir los árbitros), sino que tal control no se podrá llevar a cabo mediante el recurso de anulación, sino a través de un proceso de amparo, de ser el caso” .

**d)** Lo expresado en la Sentencia del Tribunal Constitucional que “estima que una afectación que no esté contemplada como causal de anulación de laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos” .

e) Que el árbitro haya sido designado por el representante de LIDERCON deviene en inconstitucional y vulnera el derecho al Juez Natural y la presunción de imparcialidad del órgano jurisdiccional, pues es inconstitucional que en un arbitraje todos los árbitros hayan sido nombrados por todas las partes menos una.

### **2.6.3. Fundamentos para declarar fundada la demanda**

a) En la demanda se solicita se declare la nulidad de la Resolución N° 0029-2006/CSA-CANI-CCL que rechazó el pedido de nulidad de la Resolución N° 003-2005/CSA-CCANI-CCL que designó como árbitro en el proceso arbitral N° 967-107-2004 al Dr. Jorge Vega; Resoluciones emitidas por el Consejo Superior de Arbitraje conformado entre otros por el vocal Dr. Alonso Rey Bustamante, representante de LIDERCON PERU S.A.C. (en adelante LIDERCON), una de las partes en el proceso arbitral; por tanto también se declare la nulidad de todos los actos efectuados por el mencionado árbitro dentro del referido proceso arbitral.

b) Tal irregularidad, fue conocida por el citado Vocal y el Consejo Superior de Arbitraje y declarada en la Carta N° P/020.01.06/SG emitida por la Presidenta de la Cámara de Comercio de Lima que da cuenta de la renuncia del referido Vocal y reconocida como infracción al Estatuto del Centro de Arbitraje en la Resolución N° 001/CSA-CCANI-CCL del Consejo Superior de Arbitraje y como además lo han manifestado en su contestación de la demanda.

c) Dicha situación genera desde el origen del litigio un manifiesto desequilibrio en la posición de las partes y por consiguiente, la afectación al derecho constitucional al debido proceso, específicamente en lo que toca a la garantía que permite a los litigantes contar con un juzgador objetivamente imparcial.

d) La Sentencia apelada se equivoca al considerar que la renuncia del Sr. Alonso Rey Bustamante se realizó oportunamente, pues de las pruebas se desprende que aquella se efectuó el 04 de enero de 2006, posteriormente a la designación del árbitro Dr. Jorge Vega Velasco que

se había realizado el 28 de marzo de 2004. La afectación del derecho ya había sido consumada.

**e)** En el marco de un arbitraje institucional realizado por el Centro de Arbitraje, el Consejo Superior de Arbitraje designa a los árbitros en defecto del nombramiento correspondiente a las partes, como también a petición de ellas, en la garantía de la imparcialidad y desvinculación del Colegiado que resuelve las causas, por ende, de resoluciones de carácter incuestionable, que no se produjeron en el presente caso por la relación de una de las partes y un miembro del Consejo Superior de Arbitraje quien se desempeñaba como su asesor, abogado y representante, lo que determinara su salida del referido Consejo, el mismo que reconoció expresamente la irregularidad mencionada que afectaría el derecho de la recurrente al debido proceso en su manifestación de la garantía del Juez Natural, contenido esencial del derecho al debido proceso, previsto en el inciso 3 del Art. 139° de la Constitución Política del Estado .

El derecho al Juez Natural, según el Tribunal Constitucional, “comporta la predeterminación del órgano judicial y también de su competencia. Desde esta (...) perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc” .

**f)** El pacto arbitral así como toda la normativa arbitral procuran el equilibrio, asegurar la imparcialidad del órgano jurisdiccional y evitar la preeminencia de una de las partes en litigio respecto de la otra; exigencias de las que no está exenta la institución del arbitraje, como lo señala el Tribunal Constitucional al considerar que: “... la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto

jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” .

**g)** El principio de imparcialidad de juzgadores es recogido por la Ley de Arbitraje en su Artículo 26° sobre el privilegio en el nombramiento al estipular que: “Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula”.

**h)** El principio de imparcialidad sobre el que se asiente e incluso justifica la garantía del Juez Natural, comporta una situación tal del juzgador, sea psicológica o anímica, que permite un juicio objetivo sobre el caso ante él planteado; es así que nuestro ordenamiento exige en la figura de Juez o Magistrado la concurrencia de una determinada capacidad genérica, así como le impone una serie de incompatibilidades y prohibiciones en su intento de preservar la imparcialidad proveyendo supuestos en los que debido a la relación del Juez con el caso o las partes procesales pueda ponerse en entredicho su objetividad. (Pico I, 1998). Esto sucede en el caso arbitral en referencia, pues la designación del juzgador la realizó un ente colegiado integrado por el representante de una de las partes. A efectos de salvaguardar el debido proceso, la garantía no consiste en la parcialidad o no del acto jurisdiccional, sino en el derecho de las partes de pretender y esperar, en general, que el juzgador no se encuentre en ninguna clase de situación que pueda comprometer, en cualquier medida, el trato igualitario a las partes litigantes.

**i)** Por lo expuesto, vulnerado el derecho a la imparcialidad, la designación del árbitro así como sus actuaciones son nulas, entre los que figura la emisión del laudo soslayando el pedido de suspensión del proceso realizado por la recurrente y desestimando, el mencionado Consejo, sistemáticamente todo reclamo ante él planteado, deviniendo en la condena a la recurrente al pago de US\$ 5'000,000, por lo que actualmente se recurre al Poder Judicial para solicitar tutela frente a esta serie de flagrantes abusos.

#### **2.6.4. Expresión de agravios**

La recurrente manifiesta que la sentencia apelada afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, dado que declara improcedente la demanda por motivos que contradicen lo señalado expresamente por el Tribunal Constitucional, en lo que concierne al cumplimiento de las vías previas a la impugnación constitucional de actuaciones arbitrales.

### **2.7. RESOLUCIÓN QUE CONCEDE APELACIÓN**

Cumpliendo la apelación los requisitos previstos por el artículo 366° del Código Procesal Civil supletoriamente aplicado, dentro de los alcances de lo dispuesto por el artículo 371° del citado Código Adjetivo; de conformidad a lo dispuesto por el artículo 373 del acotado Código, y el artículo 57° del Código Procesal Constitucional, se dispone **CONCEDER** a la parte recurrente, la apelación interpuesta, **CON EFECTO SUSPENSIVO**, debiendo elevarse a la Sala Civil Superior.

#### **❖ ELEVACIÓN DEL EXPEDIENTE AL SUPERIOR**

Con fecha 17 de setiembre de 2009, el expediente es remitido a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima cuyo avocamiento es dado a conocer mediante Resolución N° 01-II de fecha 18/09/2009, y en conformidad al Artículo 58° del Código Procesal Constitucional se notifica a la apelante para la expresión de agravios por el plazo de Ley.

### **2.8. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DE LA APELANTE IVESUR S.A.**

Con fecha 05 de octubre de 2009, dentro del plazo previsto en el Art. 58° del Código Procesal Constitucional la apelante señala los agravios que le origina la Sentencia impugnada en los siguientes términos:

#### **2.8.1. Violación al derecho a la debida motivación.**

**a)** El Juzgado señala que la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa o recursos pertinentes al interior del Proceso de Arbitraje; sin embargo se contradiría al reconocer que "(...) el Tribunal Arbitral incluso

ha emitido pronunciamiento denegando el pedido formulado por la parte demandante sobre los hechos que invoca (...); pues de hecho la recurrente había solicitado la suspensión del proceso arbitral hasta que se resuelve el pedido de nulidad de nombramiento del árbitro y que sin embargo el laudo arbitral fue emitido.

**b)** El recurso de anulación del laudo no procede en este caso puesto que se está denunciando una afectación constitucional que no encuadra dentro de las causales de anulación de laudo previstos en la Ley General de Arbitraje (vigente al momento de laudo), y al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que aunque ineludible la vía previa al amparo y la lista cerrada de causales de impugnación del laudo, la ausencia de alguno, pero que “(...) compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del Proceso de Amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el Amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos” .

**c)** La recurrente manifiesta que la designación del árbitro correspondiente a su parte fue realizada por el representante de LIDERCON y devendría en inconstitucional por vulnerarse el derecho al Juez Natural, y que dicha afectación al debido proceso no ha sido regulada como causal de anulación de laudo prevista en el Art. 73° de la Ley General de Arbitraje (vigente al momento de emisión del laudo), por lo que el único proceso en el cual se podría tutelar el derecho es el amparo dadas las taxativas causales para la anulación del laudo y los límites a la discrecionalidad en su interpretación extensiva que “no implica, por lo demás que (...) exista un vacío normativo o una zona donde no haya control de la arbitrariedad (en la que podrían incurrir los árbitros), sino que tal control no se podrá llevar a cabo mediante el recurso de anulación, sino a través de un proceso de amparo, de ser el caso” .

### **2.8.2. Violación al derecho a la imparcialidad jurisdiccional**

**a)** En la demanda se solicita la nulidad de la Resolución N° 0029-2006-/CSA-CCANI-CCL que rechazó el pedido de Resolución N° 0033-

2005/CSA-CCANI-CCL que designó al Dr. Jorge Vega Velasco como árbitro en el Proceso arbitral N° 967-107-2004 seguido por GALASHIELDS S.A. contra IVESUR S.A. y LIDERCON PERÚ S.A.C., Resolución emitida por el Consejo Superior de Arbitraje contando entre sus miembros al Dr. Alonso Rey Bustamante quien a su vez era representante, asesor y abogado de LIDERCON PERÚ S.A.C. en transgresión al Estatuto del Centro de Arbitraje, por tanto se solicita también la nulidad de todos los actos en que participó el referido árbitro.

**b)** Este hecho fue denunciado por la recurrente, lo que propició la renuncia del Dr. Alonso Rey al Consejo Superior de Arbitraje, suceso notificado a la recurrente mediante Carta N° P/020.01.06/SG remitida por la Presidenta de la Cámara de Comercio de Lima.

**c)** También el Consejo Superior reconoció la infracción cometida por el Dr. Alonso Rey a lo dispuesto en los Arts. 16° y 18° que impiden la participación de los vocales como árbitros, peritos, asesores o abogados de las partes en litigio, y notificó a IVESUR S.A. mediante Resolución N° 001-2006/CSA-CCANI-CCL.

**d)** Esto habría generado desde el origen del litigio un manifiesto desequilibrio en la posición de las partes, por tanto, la afectación del derecho constitucional al debido proceso, a contar con un juzgador objetivamente imparcial.

**e)** El Juzgado yerra en la sentencia al señalar que no hubo participación del Vocal Dr. Alonso Rey que generara consecuencia sobre el fondo del asunto o infracción al derecho de defensa y al debido proceso, por haber renunciado oportunamente, al no considerar que la designación del árbitro Jorge Vega se realizó el 28 de marzo de 2004 y la renuncia del vocal Alonso Rey se realizó el 04 de enero de 2006, consumada ya la afectación al derecho al debido proceso.

**f)** En el marco de un arbitraje institucional, el Consejo Arbitral designa al árbitro en defecto de la designación por una de las partes o a pedido de ellas con la garantía de la imparcialidad, independencia y transparencia

en las decisiones, que se vieron afectas por el irregular nombramiento del árbitro mencionado, así como se afectó al derecho al debido proceso en su manifestación de garantía de Juez natural (Art. 139° de la Constitución Política del Estado) que “comporta la predeterminación del órgano judicial y también de su competencia. Desde esta (...) perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc” .

**g)** El pacto arbitral como también el orden jurídico arbitral tiene como finalidad el equilibrio entre las partes evitando la preeminencia de una de ellas sobre la otra, en defecto de lo cual se afecta el derecho al debido proceso en su especie de garantía del juez natural. De tales principios y derechos constitucionales no está exceptuada la institución arbitral, “de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” .

**h)** De lo anterior se considera necesaria la idoneidad de quien juzga —juez o árbitro— en lo psicológico o anímico para emitir un juicio objetivo, en razón de lo cual el ordenamiento exige a la figura del juez o magistrado una capacidad genérica, imponiendo incompatibilidades y prohibiciones, así como supuestos en que debido a la relación del Juez con un asunto concreto, las partes o el objeto litigioso, puede ponerse en entredicho su debida objetividad. (Picó I, 1998).

**i)** En el caso de la referencia la objetividad —en abstracto- puede ponerse en entredicho, debido a que la designación del árbitro fue realizada por el Vocal Superior quien se desempeñaba como representante, abogado y asesor de una de las partes. La garantía consiste sobre todo en el derecho de las partes de pretender y esperar, en general, que el juzgador no se encuentre en ninguna clase de situación que pueda comprometer en cualquier medida el trato igualitario a las partes litigantes; sin importar si la parte pueda o no demostrar que el juzgador ha actuado en algún momento específico de modo parcializado.

j) Así al haberse afectado el derecho a la imparcialidad, la designación del Dr. Jorge Vega Velasco es nulo así como los actos que realizó en condición de árbitro, solicitudes de nulidad desestimadas por el Consejo y quedado irresueltas por el Tribunal Arbitral que no obstante las solicitudes realizadas procedió a emitir el laudo arbitral condenando al pago de \$5'000,000.00.

## **2.9. APERSONAMIENTO Y ACTOS DEL LITISCONSORTE GALASHIELDS S.A.**

Con fecha 02 de diciembre de 2009 GALASHIELDS S.A. solicita a la Sexta Sala Civil de Lima ser admitido como Litisconsorte Necesario en orden al Art. 93° del Código Procesal Civil aplicado supletoriamente al presente caso constitucional, a la vez que absuelve lo demandado por IVESUR S.A.

### **2.9.1. Respecto a la relación litisconsorcial**

a) El proceso en trámite deviene del proceso arbitral iniciado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en el cual GALASHIELDS S.A. demanda a IVESUR S.A., por tanto lo resuelto en el presente proceso constitucional repercutirá directamente a GALASHIELDS S.A.

b) Las resoluciones en el presente proceso devenido de la pretensión de IVESUR S.A., es decir, la nulidad de lo actuado por el árbitro Dr. Jorge Vega Velasco, desde que su designación mediante Resolución emitida por el Consejo Superior de Arbitraje se habría efectuado, supuestamente, mediante vicio, afectando su derecho al debido proceso, lo cual GALASHIELDS S.A. niega absolutamente, afectará, directamente los intereses de esta última, por lo que su presencia litisconsorcial (según argumenta) sería necesaria, desestimada la cual afectaría su legítimo derecho de defensa.

### 2.9.2. Respecto al fondo del presente proceso

- a) El proceder malicioso de IVESUR S.A. tendría un objeto solamente dilatorio, pues no habría advertido la “supuesta” irregularidad oportunamente, esperando al término del proceso arbitral.
- b) GALASHIELDS S.A. solicita el arbitraje el año 2004, en dicho proceso se demanda a IVERSUR S.A. y LIDERCON S.L. quienes se apersonan representadas por el Dr. Julio C. Pérez Vargas oponiéndose al arbitraje acompañando copia de poderes otorgados a diversos abogados del Estudio Payet, Rey & Cauvi, Abogados del cual ha sido socio el cuestionado vocal arbitral Dr. Alonso Rey Bustamante.
- c) Con fecha 22 de febrero de 2005, IVESUR S.A. a través de su actual abogado y representante Dr. Nilo Vizcarra, mediante carta notarial revoca los poderes otorgados al Estudio Jurídico mencionado.
- d) Un año después de iniciado el proceso arbitral, siendo, todo ese tiempo, de conocimiento de IVESUR S.A. que la defensa y representación de LIDERCON S.L. se encontraba a cargo del Estudio Jurídico mencionado del cual era socio el Dr. Alonso Rey Bustamante entonces Vocal del Consejo Superior de Arbitraje, y luego de participar en la audiencia de instalación, diligencias especiales, presentado medios de defensa formales y excepciones (deducidas por ella y LIDERCON S.L. su codemandada) las cuales fueron resueltas y desestimadas por el órgano arbitral, haberse concluido la etapa probatoria y haber presentado sus alegatos escritos, siendo el estado del proceso el de emitirse laudo, pretendieron cuestionar la designación del Dr. Jorge Vega bajo el argumento de que su designación se realizó estando en el Consejo Superior de Arbitraje el apoderado de su codemandada, el Dr. Alonso Rey Bustamante, quien no habría tenido actuación en tal caso.
- e) La maniobra dilatoria de IVESUR S.A. se evidenciaría de las actuaciones mencionadas como de la falta de oportunidad en la deducción de nulidad por aquella exigida.

## ❖ LITISCONSORCIO FACULTATIVO

Mediante Resolución del 9 de marzo de 2010 la Sexta Sala Civil resuelve incorporar a GALASHIELDS S.A. como Litisconsorte Facultativo en orden a lo prescrito en el Art. 54° del Código Procesal Constitucional, siendo que, el litisconsorte facultativo ingresa al proceso en el estado en que éste se encuentre.

### 2.10. INFORME ESCRITO DE LA DEMANDANTE IVESUR S.A.

Realizada la Vista de la Causa con fecha 18 de marzo, la demandante IVESUR S.A. solicita se tengan en cuenta los siguientes argumentos:

#### 2.10.1. Existe un perjuicio real en contra de IVESUR S.A.

a) El presente proceso de amparo busca se deje sin efecto los actos arbitrales realizados por un árbitro nombrado sin la garantía de Juez Natural; nombramiento en el que participó un miembro del Consejo Superior de Arbitraje, Dr. Alonso Rey Bustamante, quien a su vez fungía como representante, asesor y abogado de la empresa LIDERCON S.L. nuestra contraparte en otros juicios.

b) Tal nombramiento viciado trajo efectos concretos en el arbitraje, pues habiendo GALASHIELDS S.A. designado árbitro y ante el desacuerdo en la designación del árbitro correspondiente a IVESUR S.A. y LIDERCON S.L. (por ser empresas en conflicto), la realizó el Centro de Arbitraje, recayendo la misma en el Dr. Jorge Vega Velasco; árbitros que a su vez designan al Presidente del Tribunal. El hecho que el laudo arbitral haya contenido 3 votos desfavorables para IVESUR S.A. generan mayores indicios de las consecuencias concretas de la falta de imparcialidad en la cadena de designaciones de los árbitros.

### **2.10.2. Oportunidad y forma de las actuaciones arbitrales de IVESUR S.A.**

a) Mediante escrito del 6 de diciembre de 2005 IVESUR S.A. advierte el hecho irregular ante el Consejo, el cual lo rechaza, además de amonestar a IVESUR S.A.

b) El pedido de remoción formulado por IVESUR S.A. ante el Consejo Directivo contra el vocal Dr. Alonso Rey, determinó la renuncia de éste, además que el Consejo dejara sin efecto la amonestación impuesta y que reconociera la infracción sancionada por el Art. 16° del propio Estatuto del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

c) Por ello correspondía la nulidad de la designación del árbitro realizada por el Dr. Alonso Rey, abogado, asesor y representante de LIDERCON S.L. y que recaía en la persona del Dr. Jorge Vega Velasco, socio junto a un miembro activo del Consejo Arbitral, el Dr. Hugo Sologuren Calmet, del mismo Estudio de Abogados. Tal nulidad fue solicitada al Consejo el 30 de enero de 2006.

d) Al no obtenerse respuesta, el 6 de febrero de 2006 se solicita al Tribunal Arbitral suspenda el proceso hasta que el Consejo resuelva el pedido de nulidad de designación del árbitro Jorge Vega. Sin mediar respuesta a dicho incidente se emitió un laudo arbitral en medio de la controversia, declarando fundada la demanda en contra de IVESUR S.A. y sólo con posterioridad se resolvió el pedido de nulidad mencionado, declarándolo “no ha lugar”.

### **2.10.3. El Proceso de Amparo como vía idónea**

a) La Ley de Arbitraje vigente al momento de la emisión del laudo arbitral materia del presente proceso de amparo, no consagraba entre las causales de anulación de laudo, una que proteja frente a esta situación de afectación constitucional que nos colocaría en un estado de indefensión si no fuese porque el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado al respecto en el caso PROIME, señalando que en este caso

el Amparo es la vía idónea para dejar sin efecto un laudo arbitral cuando éste violó un derecho constitucional no contemplado como causal de anulación de laudo, como lo es la afectación al derecho a un juez natural y la presunción de imparcialidad que debe tener todo órgano jurisdiccional.

## **2.11. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante Resolución de fecha 18 de marzo de 2010, la Sexta Sala Civil confirma la Sentencia de Primera Instancia bajo los siguientes fundamentos:

### **2.11.1. Motivo de la apelación**

**a)** Es materia de grado la Sentencia que declara Improcedente la demanda de amparo de IVESUR S.A. contra los miembros del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

**b)** La apelación de la actora sustentada como sigue:

- Se agotaron los recursos respectivos al interior del proceso arbitral pues habría solicitado la suspensión del proceso hasta que se resuelva el pedido de nulidad de designación del árbitro Jorge Vega, y que a pesar de ello el laudo fue emitido
- La afectación constitucional denunciada no es causal de anulación de laudo, por lo que, un proceso de nulidad previo no procede, en orden a la Ley General de Arbitraje.

**c)** Lo establecido en el Art. 364° del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente, respecto al objeto del recurso de apelación.

### **2.11.2. Solicitudes específicas advertidas en la demanda**

**a)** Nulidad de Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 21 de febrero de 2006 emitida por el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que declara no ha lugar el pedido de nulidad

formulado por IVESUR S.A. respecto de la Resolución N° 003-2005/CSA-CCANI-CCL de fecha 29 de marzo de 2005.

b) Nulidad de Resolución N° 033-2005/CSA-CCANI-CCL de fecha 29 de marzo de 2005 mediante la cual se designa como árbitro al Dr. Jorge Vega Velasco en el Proceso Arbitral N° 967-107-2004.

c) Los actos en los que participó el Dr. Jorge Vega Velasco en el Proceso N° 967-197-2004 incluyendo la composición del Tribunal Arbitral por realizarse vulnerando el derecho de defensa y afectando el derecho al debido proceso de la empresa actora, pues se emitió laudo a sabiendas de la solicitud de nulidad de designación de árbitro planteada por la recurrente, que no fuera atendido.

### **2.11.3. Debido proceso y vía previa**

a) Toda persona está facultada a ejercer el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva recurriendo al órgano jurisdiccional en cuyas facultades se encuentra la calificación sobre la validez en forma y fondo de la demanda por cuya irregularidad la declarará inadmisibles o improcedentes en orden a lo previsto en los Arts. 426° y 427° del Código Procesal Civil y que no obstante haberla llevado adelante a pesar que la pretensión es evidentemente “improponible”, le cabe al órgano jurisdiccional superior el deber y el derecho de emitir pronunciamiento al respecto.

b) El Colegiado advierte de entre los términos expuestos en la demanda: la pretensión de la demandante, de la nulidad del laudo arbitral.

c) Siendo así, se debe agotar la vía previa como requisito al proceso de amparo en respeto a la independencia jurisdiccional de arbitraje y los procedimientos establecidos de conformidad a los principios y garantías jurisdiccionales, consagrados en la Constitución Política del Estado.

d) Para iniciar un proceso de amparo es necesario agotar la vía previa, el cual es, al invocarse violación al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, el recurso de anulación del laudo emitido, ante el Poder Judicial,

como anteriormente ha señalado el Tribunal Constitucional; requisito de procedencia que la parte demandante no ha cumplido.

e) Se advierte de lo expresado por la demandante, que no ha cumplido con interponer en sede arbitral los recursos de corrección, aclaración, ni de integración del laudo emitido, previstos en la Ley General de Arbitraje, como tampoco el recurso de anulación.

f) En consecuencia la demanda planteada adolece del presupuesto legal referido líneas arriba, por lo que a tenor de lo dispuesto por el Art. 5.4 del Código Procesal Constitucional, se debe declarar la IMPROCEDENCIA de la demanda planteada. Por tanto se confirma la Sentencia emitida en Primera Instancia.

## **2.12. RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL**

Habiendo IVESUR S.A. sido notificada el 18 de mayo de 2010 con la Resolución del 18 de marzo de 2010 que confirma la Resolución que declaró improcedente la demanda de amparo, dentro del plazo establecido en el Art. 18 del Código Procesal Constitucional, interpone Recurso de Agravio Constitucional en los términos siguientes:

### **2.12.1. Petitorio**

a) Pretensión Principal: Solicita al Tribunal Constitucional que revoque la Resolución s/n del 18 de marzo de 2010 que confirmó la resolución de primera instancia que declaró improcedente la demanda de amparo y, en virtud de lo dispuesto en el Art. 20° del C.P. Constitucional, se pronuncie sobre el fondo de la controversia y declare fundada la demanda.

b) Pretensión Subordinada a la Principal: Solicita se declare nula la Resolución s/n del 18 de marzo de 2010 y se ordene al Juzgado de origen admitir a trámite la demanda.

### **2.12.2. Procedencia del Recurso**

El presente recurso de agravio es interpuesto cumpliendo con los requisitos del Art. 18° del C.P. Constitucional:

- a) Se cuestiona una resolución de segundo grado (Resolución s/n del 18 de marzo de 2010) expedida por la 6ª Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- b) La referida resolución confirma la sentencia de primera instancia declarando improcedente la demanda de amparo presentada ante el 39º Juzgado Civil de Lima.
- c) El recurso es presentado dentro del plazo de 10 días, ya que la Resolución fue notificada el 19 de mayo de 2010.

### **2.12.3. Fundamentos de Hecho**

- a) En el año 2004, la empresa GALASHIELDS S.A. inicia un proceso arbitral contra IVESUR S.A. y LIDERCON S.L. ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
- b) La demandante designa a su árbitro Dr. Héctor Tafur, y en defecto de las codemandadas, el Consejo designó, el 28 de marzo de 2004, como árbitro al Dr. Jorge Vega Velasco.
- c) Dicha designación por defecto, la realizó el Consejo teniendo entre sus miembros al Dr. Alonso Rey Bustamante, abogado, representante y asesor de LIDERCON S.L.
- d) IVESUR S.A. denunció tal irregularidad mediante escrito del 6 de diciembre de 2005, el que no fuera resuelto, recibiendo a cambio una amonestación.
- e) En consecuencia, con fecha 30 de enero de 2006, IVESUR S.A. solicita la nulidad de designación del Dr. Jorge Vega y al día siguiente, además, la suspensión del proceso arbitral hasta que fuera resuelto el pedido de nulidad; sin embargo el Tribunal emitió el laudo, desconociendo los pedidos realizados.
- f) Ante esta vulneración de derechos constitucionales en el proceso arbitral, IVESUR S.A. interpone Proceso de Amparo con fecha 228 de junio de 2006 ante el 29º Juzgado Civil, la misma que fue declarada

improcedente mediante Resol. N° 12 de fecha 18 de mayo de 2009, alegando no se había agotado la vía previa a efectos de recurrir al Proceso de Amparo.

g) Ante ello, con fecha 29 de mayo de 2009 IVESUR S.A. interpone recurso de apelación contra dicha Resol. N° 12 exponiendo por qué —en el caso concreto— no debía considerarse el agotamiento de la vía previa al proceso de amparo. Recurso concedido mediante Resol. N° 14 de fecha 15 de julio de 2009, expedida por el 8° Juzgado Constitucional de Lima.

h) Finalmente mediante Resol. s/n de fecha 18 de marzo de 2010 la 6ª Sala Civil, confirmó sin mayor fundamento la sentencia de primera instancia, declarando de esta manera, la improcedencia de la demandad de amparo.

#### **2.12.4. Fundamentos de la Resolución cuestionada**

La Resolución cuestionada confirma la sentencia de primera instancia que declara improcedente la demanda, en base a los siguientes argumentos:

a) Supuestamente no se habría agotado la vía previa, pues la anulación del laudo emitido con vulneración al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva debe solicitarse ante el Poder Judicial.

b) No se habría interpuesto en sede arbitral los recursos de aclaración, ni de integración del laudo emitido, conforme a los Arts. 61° conc. con el Art. 73° de la Ley General de Arbitraje, que aunque sí se realizaron, no procedía el recurso de anulación de laudo, por no considerarse la afectación denunciada, como causal prevista en la citada Ley vigente entonces.

#### **2.12.5. Fundamentos de Derecho**

##### **Procedencia de la demanda de amparo**

a) La Resolución recurrida sostiene la falta de agotamiento de la vía previa, es decir, el recurso de anulación de laudo; lo cual no era posible, por no hallarse como causal de anulación, según el Art. 73° de la Ley

General de Arbitraje, la afectación denunciada, que es, la vulneración al derecho al Juez Natural.

**b)** El perjuicio al derecho de defensa, como causal de nulidad de laudo, establecido en el inc. 2) del Art. 73° de la Ley General de Arbitraje debe ser interpretado restrictivamente dado el carácter excepcional y taxativo de las causales de anulación, por lo que se entiende su alcance al perjuicio al derecho de defensa de manera concreta y no al debido proceso (género).

**c)** El Tribunal Constitucional ha estimado que “(...) una afectación que no esté contemplada como causal de anulación de laudo, y que sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos (...)”.

**d)** El Tribunal Constitucional reconoce que no obstante el límite taxativo infranqueable impuesto por la Ley para la anulación del laudo, “no implica que exista un vacío normativo o una zona donde no haya control de la arbitrariedad (en la que podrían incurrir los árbitros), sino que tal control no se podrá llevar a cabo mediante el recurso de anulación, sino a través de un proceso de amparo, de ser el caso”.

**e)** La vía previa debe ser exigible sólo cuando resulta idónea a la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado; de lo contrario importaría un exigencia irrazonable de carácter estrictamente formalista y como tal, violatoria del derecho de acceso a la jurisdicción como lo ha señalado el Tribunal Constitucional y por tanto “debe aplicarse un criterio de flexibilidad, *pro homine*, que evite que la citada exigencia derive en un formalismo inútil que impida la justiciabilidad de la administración”.

**f)** Las causales de excepción al requisito de vía previa deben ser interpretadas en aplicación del principio *pro homine* o *favor libertatis*

**g)** Tales excepciones “responden a un denominador común, la falta de idoneidad de las vías previas para tutelar el derecho constitucional alegado y, en definitiva, tratan de garantizar una tutela judicial efectiva”.

**h)** El análisis de idoneidad de la vía previa supone evaluar si es suficiente para la protección del derecho constitucional agredido, en rapidez, celeridad, inmediatez y prevención en la tutela del derecho invocado, y si lo es igualmente el proceso de amparo. De los hechos de vulneración de los derechos en el proceso arbitral, descritos anteriormente, se desprendería que no lo es, pues supondría asumir la violación del derecho constitucional de manera prolongada así como el de la tutela jurisdiccional efectiva.

**i)** Sin perjuicio de todo lo expuesto, si alguna duda existiera respecto al agotamiento de la vía previa, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 45° del C.P. Constitucional, corresponde aplicar el principio de *Favor Proccesum* y, en consecuencia, admitir a trámite la demanda a fin de no vulnerar nuestro derecho de acceso a la jurisdicción.

### **Sobre los errores incurridos en la resolución de segunda instancia**

**a)** La Resolución recurrida erraría en la interpretación del Art. 73° de la Ley General de Arbitraje y el Art. 5° del C.P. Constitucional, en cuanto al agotamiento de la vía previa como requisito para la vía constitucional de amparo; pues la afectación denunciada no es una causal de nulidad de laudo, y de serlo, la arbitral, no sería la vía idónea para la tutela del derecho vulnerado.

**b)** La 6ª Sala Civil además infringe el mandato constitucional de la debida motivación de las resoluciones, establecido en el Art. 139° de la Constitución, pues sólo se ha limitado a referir la falta de agotamiento de la vía previa, desconociendo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en cuando a las excepciones de dicho procedimiento.

## **Respecto de la posibilidad de que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento sobre el fondo**

**a)** En orden al Art. 20° del C.P. Constitucional, el Tribunal Constitucional, ante una Resolución impugnada que haya emitido una decisión errónea debido a un vicio del proceso, el Tribunal Constitucional deberá anular el proceso (incluyendo la Resolución impugnada) hasta la ocurrencia del vicio.

**b)** En cambio, si la resolución impugnada ha emitido una decisión errónea debido a un vicio intrínseco o un error de juicio, el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse sobre el fondo. Tal es el presente caso, pues la errónea interpretación de la norma antes citada ha afectado el razonamiento lógico jurídico en la solución de la controversia, incurriendo en un error de juicio, expuesto en argumentos sin sustento faltando a la debida motivación de las resoluciones, generando con ello que el derecho al Juez Natural siga siendo vulnerado.

**c)** Asimismo el Art. 11° del reglamento normativo del Tribunal Constitucional establece que: “(...) La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo (...)”. Resolviendo así de manera definitiva la controversia.

**d)** Un pronunciamiento sobre el fondo es necesario pues siendo que el amparo solicitado desde hace cuatro años no ha sido otorgado sin faltar a interpretaciones erróneas de la norma por las instancias anteriores, supone una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

**e)** Un pronunciamiento definitivo sobre el fondo en este caso es acorde con el principio de economía procesal previsto en el Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, con la costumbre jurisprudencial y de acuerdo a la naturaleza de urgencia de los procesos constitucionales de amparo.

## **Respecto de la fundabilidad de la demanda**

Se desprende de la demanda, la solicitud de nulidad de los actos siguientes:

**a)** Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL del 21 de febrero de 2006 emitida por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que rechazó el pedido de nulidad de Resolución N° 0033-2005/CSA-CCANI-CCL.

**b)** Resolución N° 0033-2005/CSA-CCANI-CCL del 20 de marzo de 2005, que designó al Dr. Jorge Vega Velasco como árbitro en el proceso arbitral N° 967-107-2004, seguido por GALASHIELDS S.A. contra IVESUR S.A. y LIDERCON PERÚ S.A.C., sobre Obligación de Dar Suma de Dinero.

**c)** Todos los actos en los que participó el Dr. Jorge Vega Velasco en el proceso arbitral N° 967-197-2004, incluyendo la designación de la Presidenta del Tribunal Arbitral y el Laudo Arbitral de derecho emitido por el Tribunal Arbitral.

**d)** El sustento de dicho pedido es la violación clara al derecho al debido proceso en su manifestación del derecho al Juez natural, debido a que la designación del Dr. Jorge Vega Velasco la realizó el Consejo Superior de Arbitraje teniendo entre sus miembros al Dr. Alonso Rey Bustamante, abogado, asesor y representante de la empresa LIDERCON, al cual era parte en el proceso arbitral, lo cual fue reconocido por el Consejo a través de la Resolución N° 001/CSA-CCANI-CCL del 4 de enero de 2005, lo que consecuentemente propiciara la renuncia del referido vocal.

**e)** Tal designación generó un desequilibrio procesal, afectando al debido proceso en su manifestación de la garantía al Juez natural objetivamente imparcial e independiente, que resulta fundamental y necesaria para garantizar la transparencia del trámite del proceso y para dar así a la decisión que ulteriormente se emita, un carácter incuestionable.

**f)** El derecho al Juez natural según el Tribunal Constitucional: “Comporta la predeterminación del órgano judicial también de su competencia. Desde esta (...) perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie puede ser juzgado por un Juez ex post facto o por un Juez ad hoc”.

**g)** El establecimiento de las pautas para la designación del árbitro se encuentran en la cláusula arbitral pactada, el Reglamento del Centro de Arbitraje o la Ley General de Arbitraje y cuya finalidad consiste en el equilibrio procesal de modo que no se halle una relación de preeminencia de una parte respecto de la otra al momento de escoger a los árbitros que fallarán en el caso. Finalidad a la que se faltó con el procedimiento irregular en la designación del árbitro.

**h)** La institución de arbitraje no está exenta de la exigencia al juez natural, su independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional que asegure la imparcialidad del órgano jurisdiccional; principio recogido por la Ley de Arbitraje en su Art. 26° estableciendo que la nulidad del convenio arbitral si este estableciera algún tipo de privilegio en el nombramiento de los árbitros.

**i)** En el ámbito judicial como en el arbitral el correcto servicio de justicia exige que quien juzga –juez o árbitro- deba encontrarse en la mejor situación psicológica o anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado, por lo que, legalmente, es exigible a la figura del Juez o magistrado una serie de condiciones y requisitos, de modo que no pueda ponerse en entredicho su debida objetividad. (Pico I, 1998).

**j)** La objetividad –en abstracto- del juzgador puede ponerse en entredicho desde que su designación fue efectuada por un ente colegiado que está integrado por un representante de una de las partes, no importando su actuación, pues la garantía consiste sobre todo en el derecho de las partes de pretender y esperar, en general, que el juzgador no se encuentre en ninguna clase de situación que pueda comprometer en cualquier medida el trato igualitario a las partes litigantes.

### ❖ Conceden el recurso

Mediante Resolución N° 19-II de fecha 3 de junio de 2010 emitida por la 6ª Sala Civil, se concede el Recurso de Agravio Constitucional, y se elevan los actuados al Tribunal Constitucional.

## 2.13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con fecha 15 de marzo de 2011, el Tribunal Constitucional pronuncia sentencia en el Exp. N° 0281-2010-PA/TC, con los fundamentos siguientes:

### 2.13.1. Antecedentes

#### La demanda de amparo

a) Interpuesta con fecha 30 de mayo de 2006 contra los vocales del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CSA) solicitando se declare la nulidad de: la Resolución: 0033-2005/CSA-CCANI-CCL por la que se designa al árbitro Jorge Vega Velasco en el proceso arbitral N° 967-107-2004; la Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL que desestima el pedido de nulidad de la Resolución N° 0033-2005/CCANI-CCL; y todos los actos en los que participó el Sr. Jorge Vega Velasco en el proceso arbitral N° 967-107-2004, incluyendo la designación de la presidenta del Tribunal Arbitral y el laudo emitido por el mismo; por haberse vulnerado los derechos a la tutela procesal efectiva, de defensa y a la independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, toda vez que la designación del árbitro mencionado la realizó el Consejo Superior contando entre sus miembros con el Dr. Alonso Rey Bustamante quien se desempeñaba también como abogado, asesor y representante de LIDERCON S.L. (una de las partes en el litigio), y también el Dr. Hugo Sologuren Calmet, quien es socio del estudio integrado por el árbitro designado. Hecho advertido por la demandante al CSA, lo que propiciara la renuncia del vocal Alonso Rey Bustamante, y sostenido en la solicitud de nulidad de la designación efectuada por el CSA del árbitro Jorge Vega, y en el pedido de suspensión del trámite del

proceso arbitral, que no fueran atendidos, resultando en la emisión de laudo –con conocimiento de los hechos-, vulnerando así los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y de defensa de la demandante.

#### **Admisión de la demanda:**

a) Mediante Resolución de fecha 30 de octubre de 2008 el 39° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima admite a trámite la demanda.

#### **Contestación de la demanda:**

a) Mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2008 el CSA contesta la demanda argumentando que, no obstante la condición del vocal Alonso Rey Bustamante y su relación con una de las partes y que ocasionara su renuncia, no participó en la designación del árbitro conforme se desprende del acta de designación, como tampoco lo hizo el Dr. Hugo Sologuren Calmet. Además, la demandante debió sujetarse a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y presentar sus objeciones al Tribunal Arbitral atendiendo a la regla del *Kompetenz-Kompetenz* establecida en el Art. 36° del Reglamento de Arbitraje de dicho Centro, así como agotar los recursos establecidos por la Ley General de Arbitraje antes de acudir a la vía constitucional. Añade que el pedido de suspensión del proceso no fue acogido por el Tribunal Arbitral. Similar argumento esgrime GALASHIELDS S.A. en su contestación de la demanda.

#### **Resoluciones en sede del Poder Judicial**

a) El 8° Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima con Resolución de fecha 18 de mayo de 2009, declara improcedente la demanda, considerando que la recurrente no ha cumplido con agotar los recursos pertinentes como el de anulación de laudo en vía arbitral; fundamento también esgrimido por la 6ª Sala Civil al confirmar la apelada mediante Resolución de fecha 18 de marzo de 2010.

## 2.13.2 Fundamentos

### Delimitación del petitorio

a) El objeto de la demanda de amparo es que se deje sin efecto la Resolución que desestimó el pedido de nulidad de designación del árbitro Jorge Vega Velasco, así como la que lo designó, además de los actos que realizó, dentro del proceso arbitral N° 967-107-2004, incluyendo la designación de la Presidenta del Tribunal Arbitral y la emisión de laudo arbitral; designación efectuada en violación al Estatuto del Centro de Arbitraje por cuanto uno de los miembros del CSA el Dr. Alonso Rey Bustamante se desempeñaba a la vez como abogado, asesor y representante de una de las partes en litigio.

b) Así planteado, el caso exige la realización de un análisis vinculado con la independencia de las actuaciones del Consejo demandado en relación con los actos denunciados y la presunta falta de imparcialidad del árbitro designado en el ejercicio de sus facultades, que van desde la elección de la Presidenta del Tribunal Arbitral hasta la emisión de laudo. Estando a ello, el Colegiado se circunscribe a la actuación del CSA, y las consecuencias derivadas de sus actos.

### **Sobre la existencia de vicios en los pronunciamientos emitidos por el Poder Judicial: La exigencia del agotamiento de la vía previa judicial.**

a) Admitida la demanda, los órganos del Poder Judicial optaron por emitir pronunciamientos inhibitorios fundamentándose exclusivamente en que “la recurrente no ha cumplido con agotar todos los recursos pertinentes dentro del Proceso Arbitral al no haber interpuesto el recurso de anulación de Laudo”.

b) El análisis del caso al amparo de la Ley General de Arbitraje vigente al momento del proceso arbitral en referencia muestra que si bien la mencionada Ley establece taxativamente los requisitos para el procedimiento de anulación de laudo, la vulneración a algún derecho

constitucionalmente protegido que no figure dentro de aquellos requisitos no debe tramitarse sino por la vía de amparo.

**c)** No obstante la jurisdicción arbitral frente a actos violatorios de derechos fundamentales que ameritan pronunciamiento definitivo del Tribunal Arbitral que pudiera ser impugnado por violación intra proceso y resolverse como una cuestión previa, mediante una interpretación extensiva (debidamente delimitada) de las causales de admisibilidad del recurso de anulación, no es aplicable al presente caso sin desfigurar intensamente lo normado en la Ley General de Arbitraje admitiendo que se había previsto el recurso de anulación como vía previa a la instalación del proceso de amparo cuando se cuestiona un asunto constitucional relacionado esencialmente con la independencia en la actuación del Consejo Superior de Arbitraje en el nombramiento del árbitro Jorge Vega Velasco.

**d)** Se tiene que el Art. 61° de la Ley General de Arbitraje establece que contra los laudos arbitrales dictados procede la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Art. 73° de la misma Ley sin entrar en el fondo de la controversia, sino sólo declarando su validez; causales que no se relacionan con la presente litis, por lo que no resulta exigible a la recurrente para la habilitación del proceso de amparo. Por lo demás, es aplicable al caso el principio de *pro actione* expuesto en el Art. III Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, la causa se encuentra habilitada para un pronunciamiento sobre el fondo.

### **La garantía de la independencia en la jurisdicción arbitral y la teoría de la apariencia.**

**a)** El inc. 2) del Art. 139° de la Constitución Política del Perú establece que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

**b)** Tal independencia, componente de la democracia y el modelo constitucional, implica la garantía orgánica y funcional a favor de los

órganos jurisdiccionales quienes, con capacidad autodeterminativa, declaran derecho, juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, dentro del marco de la Constitución y la Ley, sin injerencia de extraños, sea política o económica o de procedencia jerárquica, al momento de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso , indispensable condición para la protección de los derechos fundamentales de la persona, aún en medio de un estado de excepción, de la que se derivan las siguientes garantías: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas .

**c)** El principio de imparcialidad jurisdiccional, ligado al principio de independencia funcional, puede entenderse desde dos acepciones: a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso, b) Imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable. Imparcialidad que, según el Tribunal Europeo de DDHH, se presupone por principio, reflejando así, un elemento importante de la preeminencia del Derecho (Caso Pullar contra Reino Unido).

**d)** En el marco del proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales, las garantías procesales y sustanciales que componen el debido proceso, así como los preceptos y principios constitucionales en la interpretación del Tribunal Constitucional realizados en precedentes vinculantes y sentencias normativas.

**e)** Con relación al debido proceso y al ejercicio de la función jurisdiccional en sede arbitral, el Tribunal Constitucional tiene afirmado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inc. 3) del art. 139° de la Constitución, sobrepasa el ámbito judicial y se proyecta sobre todo órgano público o privado que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

## **Análisis del caso concreto**

**a)** A efectos de verificar los hechos de la demanda se examina el escrito presentado por la empresa LIDERCON S.L. en el proceso arbitral N° 967-107-2004 con la “oposición total al arbitraje” en el que se muestra la firma del representante y abogado Alonso Rey Bustamante quien a su vez era miembro del Consejo Superior de Arbitraje, situación que la recurrente advierte a dicho Consejo, así como respecto de la condición del señor Raúl Barrios Fernández-Concha, segundo vicepresidente de la Cámara de Comercio de Lima, como abogado, representante y vicepresidente del directorio de LIDERCON PERÚ S.A.C., obteniendo como respuesta del mencionado Consejo Superior la conminación a guardar un comportamiento procesal conforme a los principios del Código de Ética del Centro.

**b)** La solicitud de la recurrente dirigida al Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Lima para la destitución del vocal Alonso Rey comprobada su relación con el Centro de Arbitraje y una de las partes en conflicto, además de increpar la ausencia de deslindes e investigaciones al respecto; obteniendo, la recurrente, como respuesta, la defensa del proceder del vocal en el mencionado Centro y más adelante, inevitablemente, la noticia de la renuncia del vocal referido, debido a la evidencia de su participación también como abogado de una de las partes en conflicto, en transgresión de las normas del propio centro de arbitraje.

**c)** De lo expuesto se aprecia la vinculación del vocal Alonso Rey con la codemandada LIDERCON S.L. como abogado y representante de ésta, vinculación reconocida por la misma demandada en su escrito de contestación de la demanda al mencionar que “... existió participación del vocal Alonso Rey Bustamante..., éste no participó en la designación de árbitro”.

**d)** Corresponde verificar la actuación de la recurrente en el proceso respecto de la vinculación del entonces miembro del Consejo Superior de Arbitraje y una de las partes en conflicto; asimismo verificar la actuación del propio Consejo respecto a los cuestionamientos vertidos en su

momento, a fin de determinar la vulneración del principio de imparcialidad subjetiva en el ámbito de la aplicación de la teoría de la apariencia.

**e)** Al respecto se acredita la Resolución mediante la que se nombra al árbitro Jorge Vega Velasco en defecto de la recurrente; la oposición al arbitraje por parte de LIDERCON S.L. interviniendo como su abogado el señor Alonso Rey Bustamante; la advertencia por IVESUR de dicha situación y la posible interferencia que significaba; Resolución amonestando a IVESUR como a su representante y abogado y la correspondiente respuesta de estos solicitando la revocatoria de dicha amonestación y la atención a las denuncias e infracciones formuladas en su momento; solicitud de remoción del vocal Alonso Rey Bustamante dirigida al Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Lima además de las observaciones a la irregular actuación del Consejo Superior; la revocación por parte del Consejo Superior, de la amonestación a IVESUR, indicando además la competencia del Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Lima respecto de la situación del Vocal Alonso Rey; comunicación del mencionado Consejo Directivo, sobre la renuncia del vocal referido aceptada por el Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Lima con la atinencia a la jurisdicción del Consejo Superior en la avocación de dichos asuntos, por su carácter funcional; solicitud de nulidad de resolución que designó al árbitro Jorge Vega Velasco dada la interferencia del vocal mencionado que mina la imparcialidad e independencia del Consejo Superior en dicha designación; solicitud por parte de la recurrente de suspensión del proceso arbitral en referencia, dirigida al Tribunal Arbitral, así como el laudo arbitral por este emitido; y la Resolución que declara no ha lugar la nulidad de designación de árbitro solicitada por la recurrente.

**f)** Es evidente la actuación de los mecanismos posibles, por parte de la recurrente, destinados a que el Consejo Superior de Arbitraje resuelva conforme a sus atribuciones estatutarias lo relativo a la “participación” e influencia que afectara la imparcialidad e independencia del vocal cuestionado. Tal actuación desencadenó en la renuncia del referido vocal y la actuación interna de los órganos de gobierno del arbitraje y la propia

Cámara de Comercio de Lima. Es necesaria la garantía de imparcialidad subjetiva atendiendo al factor confianza que corresponde al Consejo Superior de modo particular debido a la ausencia de regulación del deber de revelación de incompatibilidades que pudieran afectar la independencia o imparcialidad del Consejo Superior, en la Ley General de Arbitraje, el Estatuto del Centro de Conciliación y el Reglamento Procesal de Arbitraje; inexistente, además, que fuera entonces regulación que hubiera permitido que se instale el presente debate en sede del Poder Judicial a través de los recursos de impugnación que la Ley N° 26572 establecía. Al respecto el Consejo Superior de Arbitraje no ha acreditado actividad alguna, previa al laudo, referente a los hechos, salvo una amonestación a la recurrente, que más tarde rectificara “de oficio”, el mismo día de la aceptación de la renuncia del vocal Alonso Rey Bustamante.

**g)** La dificultad que significa probar la imparcialidad subjetiva requiere que la justicia sea no sólo realizada sino también tenga esa apariencia e implica el examen objetivo documental que en el caso particular originan serias dudas ab origen en su tramitación justa e imparcial que debieran despejarse antes de la resolución de la controversia, pues de lo contrario resulta imposible subsanar cualquier irregularidad en sede arbitral. Así se estará garantizando el principio de independencia e imparcialidad desde la perspectiva de los hechos concretos y el de la teoría de la apariencia que dado el caso implica no sólo los actos del Consejo Superior de Arbitraje demandado sino todos aquellos que por su inacción sucedieron con posterioridad en sede arbitral.

**h)** Por ello el Tribunal Constitucional aprecia que lo resuelto por el Consejo Superior de Arbitraje respecto a la designación del árbitro constituye apenas una formalidad por haberse realizado faltando a la garantía de imparcialidad subjetiva inherente a la función jurisdiccional, en concordancia con la teoría de la apariencia, viéndose afectados los actos emitidos en torno a la controversia en el Proceso arbitral N° 967-10-2004, es decir la Resolución N° 0033-2005/CSA-CCANI-CCL del 29 de mayo de 2006; la Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCL del 21 de febrero de

2006 y todos los actos en los que participó el Sr. Jorge Vega Velasco. Por estos motivos, resulta un imperativo reconducir el referido proceso a sus cauces constitucionales, respetando y restituyendo a la recurrente todas y cada una de las garantías del debido proceso, debiéndose por ello estimar la demanda de amparo y declararse a la vez la nulidad de las actuaciones referidas realizadas por el Consejo Superior en mención. Así se declara fundada la demanda de amparo declarando nulas las resoluciones aludidas y los actos del árbitro dentro del Proceso arbitral en cuestión, retrotrayéndolo al momento de la designación del árbitro de las codemandadas, la cual deberá efectuarse salvaguardando la garantía de imparcialidad tanto del órgano designado como del árbitro a designar.

### **2.13.3 Voto singular del Magistrado Álvarez Miranda**

El presente VOTO es porque la demanda sea declarada IMPROCEDENTE.

Arbitraje y procesos constitucionales

- a) El arbitraje como “proceso ideal en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de justicia” y “se configura como un juicio de conocimiento” con “jueces particulares”, como fuero jurisdiccional sui generis que obedece a una lógica propia.
- b) Debe considerarse el nacimiento de la institución arbitral en la autonomía de la voluntad de los interesados que evitan la jurisdicción ordinaria por la arbitral que “ofrece especialidad, neutralidad, flexibilidad, celeridad, confianza, privacidad y simplicidad legislativa para que las partes arriben a soluciones rápidas que evidentemente están dispuestas a respetar -por seguras- para continuar en los negocios o asuntos privados”
- c) El arbitraje constituye una “alternativa que complementa – no sustituye- el sistema judicial” para soluciones de cosas particulares y de manera pacífica.
- d) Los litigios arbitrales no tienen por qué judicializarse salvo por:

- Causal de anulación prevista legalmente.
- Se vulnera de modo evidente, manifiesto y claro, el contenido constitucionalmente protegido de alguna de las partes o terceros, de manera no prevista en la ley, excluyendo el caso de derechos fundamentales de índole procesal, que atendiendo a los principios sobre los que se cimienta el arbitraje, deban ser reinterpretados a la luz de la normatividad de dicha institución.

No obstante la inimpugnabilidad, prima facie, del laudo, no es incontrolable en vía de proceso de amparo, con la salvedad de que resultan irrevisables en sede constitucional el criterio de los árbitros y la cuestión de fondo del asunto en la mencionada vía; ello en virtud de que atendiendo que el control constitucional tiene una baja intensidad al considerar la doble naturaleza del arbitraje: en parte jurisdiccional y en parte autonomía de la voluntad de las partes.

### **Análisis del caso en concreto**

- a) La recurrente alega falta de imparcialidad tanto del Consejo Superior de Arbitraje como del Tribunal Arbitral, debiéndose entender dicha afectación a la garantía judicial bajo las pautas del Tribunal Constitucional, atendiendo la asimilación de dicha garantía en la jurisdicción ordinaria como en la arbitral, a su lógica propia, al particular, el arbitraje.
- b) La vulneración alegada por IVESUR S.A. no puede ser ventilada en el presente proceso de amparo debido a la relación que esta también tenía con el vocal Rey Bustamante, la nula participación de este en la designación del árbitro, la falta de recusación el dicha designación oportunamente, y sin perjuicio de lo anterior, todo hace indicar que el caso se encuentra inmerso en la causal de improcedencia tipificada en el Art. 5° del Código Procesal Constitucional.
- c) Debido a que la conducta de los demandados se encuentra sujeta a una valoración subjetiva, y que se hace necesario evaluar si se cumplieron con las reglas del propio Centro de Arbitraje para evidenciar si

se faltó a la imparcialidad subjetiva, careciendo –conforme el art. 9° del Código Procesal Constitucional- el proceso de amparo, de una etapa probatoria, la presente causa no es susceptible de ser ventilada en el presente proceso.

#### **2.13.4 Voto singular del Magistrado Vergara Gotelli**

El presente VOTO que declara IMPROCEDENTE la demanda, se emite por las consideraciones siguientes:

##### **Antecedentes**

- a)** La recurrente demanda la nulidad de la Resolución que designa como árbitro la Dr. Jorge Vega Velasco, la nulidad de la Resolución que desestima dicho pedido, y los actos de dicho árbitro, por haberse realizado dicha designación por el Consejo Superior de Arbitraje contando entre los miembros con el vocal Dr. Alonso Rey Bustamante quien fungía como abogado, asesor y representante de la codemandada en el Proceso Arbitral, la empresa LIDERCON.
- b)** Tal irregularidad fue dada a conocer por la recurrente, solicitando a la vez la remoción del vocal referido, ante el Consejo Superior de Arbitraje, del que obtuvo como respuesta una amonestación revocada más tarde
- c)** El Consejo Superior de Arbitraje designa como árbitro al Sr. Jorge Vega Velasco con fecha 29 de marzo de 2005.
- d)** El Sr. Alonso Rey Bustamante mediante carta de 23 de diciembre de 2005 renunció al cargo de vocal del Consejo Superior de Arbitraje, lo cual fue aceptado por el Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio de Lima.
- e)** Con fecha 27 de enero de 2006 IVESUR S.A. solicita la nulidad de Resolución que designa como árbitro al Sr. Jorge Vega por el vicio señalado anteriormente.

f) Se aprecia en autos que la Resolución de designación del árbitro referido no fue suscrita por el Sr. Alonso Rey. La solicitud de nulidad se fundamentaría en el hecho de su participación en la sesión de designación del árbitro referido.

g) El pedido de nulidad solicitado por IVESUR S.A. se declaró no ha lugar por considerarse omitió la correspondiente solicitud de recusación contra el árbitro.

### **Los Derechos fundamentales y las personas jurídicas**

a) Los derechos fundamentales son constitucionalmente reservados para la persona humana física y moralmente individualizada hacia quien se encuentran canalizados los diversos atributos, facultades y libertades, siendo sólo él quien puede invocar su respeto y protección a título subjetivo y en sede constitucional, vía proceso de amparo. No así las personas jurídicas pues significaría la desnaturalización del proceso. No obstante, puede ingresar, el Tribunal Constitucional, al fondo de la controversia en atención a la i) magnitud de la vulneración del derecho, ii) que esta sea evidente o de inminente realización (urgencia) y iii) que el acto arbitrario o desbordante ponga en peligro la propia subsistencia de la persona jurídica con fines de lucro. Además de evaluarse el caso concreto y a fin de verificar la necesidad de pronunciamiento de emergencia por este Colegiado.

b) Se observa la ausencia de situación especial o urgente por la que el Colegiado realice un pronunciamiento de fondo, pues la pretensión de la recurrente de denuncia por falta de imparcialidad en el proceso arbitral en cuestión es insostenible, pues las Resoluciones cuya nulidad se solicita no se relacionan con el Sr. Alonso Rey el cual no participó de la designación del árbitro por haber renunciado a su cargo, sino con el árbitro designado Sr. Jorge Vega, hacia quien no podría extenderse la denuncia de falta de imparcialidad ya que este concepto está referido principalmente a la persona que resuelve determinada pretensión, es decir la parcialidad se imputa al que decide una causa y no a otro.

c) No hay, por tanto, argumento que haga viable la presente demanda por lo que debe ser desestimada, no sólo por la falta de legitimidad del demandante sino por la pretensión traída al proceso de amparo. Debe ser declarada IMPROCEDENTE.

### **2.13.5 Voto singular del magistrado Urviola Hani**

El siguiente VOTO que considera IMPROCEDENTE la demanda, se emite en las consideraciones siguientes:

Sobre la no exigencia del agotamiento de la vía previa judicial

a) Según el fundamento mayoritario, no le es exigible a la recurrente el agotamiento de la vía previa por no hallarse como causal en el Art. 73° de la Ley General de Arbitraje

b) Tal exención aunque razonable, inaplicable al caso concreto, pues esa habría sido la intención de IVESUR S.A. al cuestionar al Consejo Superior de Arbitraje en lugar del Tribunal Arbitral, forzando una situación “no prevista”, con el fin de obtener la nulidad de un laudo arbitral que le fue adverso. Esto pone en riesgo la seguridad jurídica de la institución del arbitraje por faltar al principio Kompetenz-Kompetenz al judicializar totalmente la causa desnaturalizando su propia esencia.

c) Se infiere lo anterior, de la inoportuna oposición a la designación del árbitro; resultando incontrovertible el caso, entonces, por el presente proceso de amparo, como por la sentencia consentida en otro proceso de amparo llevado por IVESUR S.A., en el que, no obstante esgrimidos los mismos argumentos por la recurrente, la demanda fue declarada infundada.

### **Sobre la supuesta violación de la falta de independencia de la jurisdicción arbitral y la “teoría de la apariencia”**

a) Es indudable el alcance de los derechos fundamentales al ámbito del arbitraje en lo que atañe a la imparcialidad, sin embargo no es clara cómo la mayoría la encuentra vulnerada, pues el aludido miembro del Consejo Superior de Arbitraje no intervino en la designación del árbitro,

como se evidencia en la respectiva resolución, que fuera materia de discusión y acuerdo en una sesión a la que no asistió el mencionado vocal Rey Bustamante; siendo así inaplicable la “teoría de la apariencia de imparcialidad” máxime si ésta aplica para la evaluación de la actuación del árbitro Jorge Vega Velasco mas no de la de quien no intervino como tal en el proceso de arbitraje y respecto de un problema de debido proceso debidamente acreditado. No especulado, pues de otra manera se corre el riesgo de abrir la puerta para evitar el cumplimiento de un laudo.

**b)** Resulta arbitrario e injustificado se dejen sin efecto “los actos en que participó” el árbitro, por no identificarse indicio alguno de parcialidad que se le atribuya, más si este no fue árbitro único, sino miembro de un tribunal arbitral.

#### **Sobre la inexistencia en el expediente del laudo arbitral cuya nulidad declara la mayoría**

**a)** El laudo expedido en el proceso arbitral N° 967-107-2004 no obra en el expediente, por lo que es inexplicable la declaración mayoritaria de su nulidad. Además, en otro proceso seguido por IVESUR S.A., con los mismos argumentos, planteada en distinto Juzgado, ha sido declarada infundada, la mismo que al no haber sido impugnada, ha quedado consentida.

**b)** Debió notificarse a los miembros del Tribunal Arbitral aludido para salvaguardar también su derecho de defensa.

**c)** Por lo expuesto y al no haberse agotado la vía previa, la demanda debe declararse IMPROCEDENTE.

## SEGUNDA PARTE - MARCO TEÓRICO

### I. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

*Constitución* puede comprender diversos conceptos correspondientes a una gama amplia de elaboraciones teóricas y prácticas sobre una realidad política y jurídica, como configuración ordenada con visión de permanencia y orientada a la unidad política de un pueblo (Schmitt, 1928), para el control del proceso del poder (Loewenstein, 1959), como conjunto de preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y especialmente, la creación de leyes (Kelsen, 1945), o como una suma de factores reales de poder que rigen un país (Lassalle, 1931).

De esta manera, su carácter atraviesa las instituciones políticas de un Estado y su organización jurídica, la relación entre el Estado y sus individuos, y en su realización más reciente: el Estado Constitucional de Derecho, a diferencia del Estado legislativo de Derecho, que está centrado en la ley, y reconoce a la Constitución una naturaleza programática y política, en el primero, centrado en la Constitución, le reconoce, además de naturaleza programática, fuerza vinculante (Molleda, 2009).

Ferrero (1998) señala los orígenes del Derecho Constitucional ya como ciencia positiva en Italia, a fines del S. XVIII, cuando los triunfos militares de Bonaparte deshacían y creaban Estados. Comenzó a dictarse en la Universidad de Ferrara y luego en las de Pavia, como respuesta a la necesidad de justificar la nueva realidad y dar solución al cuestionamiento de la legitimidad.

El Estado Democrático de Derecho se muestra como la forma de gobierno eventualmente más idónea para ordenar una sociedad, pues su constitución política y jurídica corresponden a las posibilidades epistemológicas, axiológicas y responsabilidad de los miembros de la sociedad y sus instituciones; por ello y la ineludible exigencia de justicia, se precisa una visión del Derecho que remita a principios sustanciales en

lo tocante a su objeto y contenido superando la mera actividad legislativa. Aquello lo reflejaría el Constitucionalismo que informa nuestro sistema jurídico:

[...] Existen fundamentalmente dos formas de entender el derecho. Para el *positivismo jurídico*, el criterio de reconocimiento tanto de la existencia como de su validez es la forma como se producen las leyes, independientemente de su contenido, mientras que el *constitucionalismo jurídico*, condiciona la validez de las leyes también a la sustancia de las decisiones, o sea, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones. En otras palabras, y siguiendo a Ferrajoli, en el *Estado Legislativo de Derecho* (positivismo jurídico) la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas sobre “cómo” decir el derecho. A diferencia de éste, en el Estado Constitucional de Derecho (constitucionalismo jurídico), además de las reglas sobre “cómo” decir derecho, se establecen reglas sobre “qué cosa” el derecho no puede decir y sobre “qué cosa” debe decir.

Este sistema de normas por encima de la ley (meta-legales) dirigidas a los poderes públicos y, antes que nada, al legislador, constituyen en conjunto la Constitución. En otras palabras, estas condiciones sustanciales de validez están contenidas en la Constitución Política, en el Estado Constitucional de Derecho. Estas normas sustanciales, condicionan la validez de las leyes: ya sea que dichas normas impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, o que impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales. Como señala Ferrajoli, los derechos fundamentales se convierten en condiciones sustanciales de validez: *“De hecho, todos los derechos fundamentales – desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social de ese moderno artificio que es el estado constitucional de derecho”*.

Agrega Ferrajoli: *“Así pues, el Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos”*.

La consecuencia práctica es la subordinación de las leyes a las Constituciones Políticas, no sólo en lo que respecta a las formas de su producción, sino también en lo que hace a los significados normativos producidos. Esto significa que *“una norma*

*formalmente válida y, por lo tanto, existente, pueda ser, sin embargo, sustancialmente inválida porque su significado contradice las normas constitucionales sustanciales”.*

Como ha señalado Ferrajoli, todos los derechos fundamentales –desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales– equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, por decirlo de algún modo, los objetivos y la razón social del Estado Constitucional de Derecho. (Ferrajoli, 2002, como se cita en Molleda, 2009, p. 4).

Consecuentemente, el sistema jurídico es constituido en un orden jerárquico y transversal provisto de contenido, como vínculos de sustancia y no de forma, cuya observancia condiciona su validez así como la interpretación y aplicación del Derecho, pues refleja, de ese modo, la finalidad y objeto de la sociedad y del Estado.

A su vez, es posible reconocer un vínculo entre la perspectiva constitucional y la argumentación jurídica debido al control del contenido en la vinculación jurídica y no sólo una referencia a la autoridad y órgano competente. Al respecto Atienza (2003) expresa:

[...] El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: el imperio de la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos; y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralela a la progresiva implantación del modelo del Estado constitucional. (p. 354).

El alcance de esta visión constitucional como garantía se encuentra plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 16º: «Toda sociedad en la que la garantía de los Derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución»; esto, en virtud de la expectativa y posibilidades que despierta a la realización de la persona humana, cuya defensa y respeto de su dignidad son fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1º de la Constitución Política del Perú, 1993), la manifestación efectiva de las

características de una Constitución Democrática, que a juicio de Velásquez (2008), la configuran como:

- Expresión de la voluntad nacional
- Norma Política.
- Norma jurídica fundamental.
- Garantía de los derechos fundamentales.
- Compendio de normas para la organización del Estado.
- La que establece el poder público a través de órganos que garantizan la división de funciones.

Que, asimismo su vigencia y eficacia, las aseguran los fundamentos jurídicos de la constitucionalidad y el Estado Constitucional de Derecho: la supremacía de la Constitución, la jerarquía de las normas jurídicas, la inviolabilidad de la Constitución; las mismas que se establecen como principios constitucionales de los procesos constitucionales.

## **II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ORDEN CONSTITUCIONAL**

El constitucionalismo como un proceso de desarrollo teórico e histórico se justifica por la concreción -en sus postulados- de los derechos fundamentales de la persona, estos a su vez, cristalizan en principios y normas el significado de persona humana recogido por los distintos ámbitos del conocimiento que nos aproximan conceptualmente a la complejidad de aquella, v.gr. la antropología, teología, filosofía, biología, etc., el resultado, como es evidente, es su reconocimiento como fin, poseedor de una dignidad intrínseca, de una aptitud inalienable de ser sujeto de derechos en cuanto estos favorecen a su desarrollo y finalidad, de su bien estar en su vinculación social, política e individual, y cuyo respeto irrestricto es el sustento de la democracia constitucional como es concebida actualmente.

Siendo la persona humana la finalidad del ordenamiento, todo desarrollo del Derecho, el Estado y la sociedad, realizado sin la consideración de la dignidad humana, resulta antijurídico, pues dicha dignidad informa al

ordenamiento como a sus principios y garantizan efectivamente la vigencia de los correspondientes derechos fundamentales, y aunque tal prerrogativa es identificada en el individuo, no implica que este se yerga como exclusivo o por sobre todo interés o bien común, sino más bien este propósito implica necesariamente el reconocimiento de los derechos fundamentales así como su promoción y protección.

Por tanto, posiblemente confundidos en su aplicación material, los derechos fundamentales y la Constitución, en su concepción teórica, se muestran unidos por un vínculo indisoluble, y en términos de Rolla (2002):

Una primera y significativa relación entre los derechos fundamentales de la persona y justicia constitucional consiste en el hecho de que ambos representan dos bases del moderno constitucionalismo democrático, cuya coexistencia es necesaria para definir un determinado ordenamiento como “Estado democrático de derecho”. (p. 126).

### **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PERSONA JURÍDICA**

#### **3.1. Acerca de la persona jurídica**

La personalidad jurídica atribuida a la “persona jurídica” o persona colectiva le viene como extensión del concepto de personalidad jurídica originalmente reconocida en la persona natural, debido a que esta entidad colectiva a la que el orden positivo no le reconoce sino realidad conceptual está constituida por personas naturales y bienes que estos aportan, conformando su componente material (además del fin unitario que la justifica) y conforma el componente inmaterial, los que integran un sustrato al que el Derecho atribuye la condición de sujeto de derecho (Pinilla, 2008).

El sustrato humano, sus límites en la consecución de finalidades que advierten la necesidad y naturaleza social, justifican la extensión de la personalidad jurídica a sujetos que por sí mismos no la tendrían, es decir, la persona colectiva o persona jurídica como es comúnmente conocida.

No obstante la capacidad jurídica y la capacidad de obrar atribuida a la persona jurídica por el ordenamiento jurídico, es la persona humana el único sujeto capaz de actuar por sí mismo en la vida jurídica; “las personas jurídicas ser ven obligadas a actuar a través de las personas naturales que integran los órganos que la conforman, de modo que los efectos de los actos que realizan los órganos no se imputan a los individuos que los llevan a cabo, sino a la persona jurídica a la que representan” (Pinilla, 2008, p. 25).

### **3.2. Acerca de los derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales se encuentran relacionados con los derechos humanos en tanto que la pretensión de universalidad de estos y la finalidad a la que aspiran los Estados, esto es: la persona humana y su dignidad (v.gr. Perú), determinan el contenido básico del desarrollo jurídico y toda actividad estatal configurada constitucionalmente por aquellos derechos fundamentales cuyo respeto y vigencia justifican y legitiman, precisamente, la existencia y pertinencia del Estado.

Estos derechos fundamentales que significan su contenido esencial muestran dos dimensiones como lo advierte el tratadista Luis Castillo Córdova en consonancia a los estudios que realiza a la doctrina y jurisprudencia alemana, española y peruana; una subjetiva o de libertad conformada por el conjunto de facultades de acción que el Derecho reserva a su titular y que exige la abstención por parte del poder público, que «garantizan un “estatus” jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia» (España), y que en palabras del Tribunal Constitucional peruano: protege «un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos»; y por otro lado una dimensión objetiva o institucional, es decir, la capacidad de ser, los derechos fundamentales, valores objetivos sobre los cuales se estructura el sistema jurídico generando deberes positivos, pues son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional» (España) y como lo ha expresado el Tribunal Constitucional peruano: que hay que reconocer en los derechos fundamentales «el

establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional», vale decir: «los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional» (Castillo, 2008).

Inherentes que son los derechos fundamentales a la configuración del Estado y la valía que le significan sus contenidos, son de impostergable tratamiento y efectivización en la procura de una convivencia humana justa y pacífica.

### **3.3. Los derechos fundamentales de la persona jurídica**

Debido a la ausencia en nuestra Constitución, de una alusión expresa que pueda clarificar y dar respuesta acerca de la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales en las personas jurídicas, «adquiere una especial relevancia la labor del juez constitucional en la determinación y razonable justificación de aquellos derechos fundamentales que, en ciertas circunstancias, sean extensivos a las personas jurídicas» (Tribunal Constitucional, 2006, STC Exp. N° 1567-2006-PA/TC. F.J. 5), asimismo se precisa recurrir a fuentes y principios constitucionales como a disposiciones en este nivel, de modo que pueda deducirse o reconocerse contenido conducente a resolver lo planteado.

De tal manera puede advertirse en la Constitución la referencia a la relación entre las personas naturales y las jurídicas o colectivas como cuando se reconoce a la persona: libertad de religión en forma individual o asociada (art. 2°.3 CPE), derecho a asociarse y a constituir fundaciones (art. 2°.13 CPE), derecho a participar en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (art. 2°.17 CPE), entre otros; derechos que devienen de la protección debida a la necesidad asociativa de la persona humana y cuyo reconocimiento procura hacer efectivo el fin y criterio constitucional, que es: la persona humana y la plena vigencia de sus derechos fundamentales, que incluyen, por supuesto, los de su actividad colectiva. En este sentido el Tribunal Constitucional, considera que “además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la

medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada”, considerando a estas organizaciones colectivas como representantes y sustitutos de las personas naturales en aquello para lo que fueron conformados o constituidos, extendiéndose así, los derechos de las personas naturales sobre las jurídicas; interpretación contraria, afirma:

Concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación –entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles– y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección. (Tribunal Constitucional, 2002, STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC. F.J. 6.).

No obstante, la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas corresponderán a la compatibilidad con la naturaleza o características de cada organización de individuos, incidencia que, por de pronto —y como se ha mencionado líneas arriba—, y también lo ha señalado el Tribunal Constitucional en otra sentencia, «impone en el juez constitucional el rol de meritador de cada caso, según las características o particularidades que le acompañan», ya que la recepción no es automática, sino de una que «toma en cuenta la particularidad del derecho invocado, su incidencia a nivel de la persona jurídica y las circunstancias especiales propias de cada caso concreto» (Tribunal Constitucional, 2006, STC Exp. N° 4972-2006-PA/TC. F.J. 13).

A su vez, el alcance extensivo de la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, obedece no sólo ya a una facultad taxativa constitucional como la del art. 2°.17 CPE, sino también —como lo señala el autor Luis Castillo Córdova— en que detrás de tal atribución se encuentra el logro de cuotas mayores de desarrollo personal de la persona individual, los cuales se lograrán en la medida que ocurra una plena vigencia de los derechos fundamentales; esto, en consideración a la persona natural e individual como fin, a diferencia de la jurídica o colectiva considerada como un medio que hace posible alcanzar determinados fines que son de difícil o imposible realización de manera individual; y citando al Tribunal Constitucional de España, se explica dicha

extensiva atribución, en que: «”la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental” (STC 64/1988 del 12 de abril, F.J. 1)» (Castillo, 2008, p. 32).

Sumada a las anteriores, se justifica una interpretación extensiva de dicha titularidad de los derechos fundamentales en las personas jurídicas, en la protección de la creación y la actuación de la persona jurídica privada en la consecución de sus diversos objetivos como manifestación del libre y pleno desarrollo de la persona humana; y en expresión del Tribunal Constitucional de Alemania, sólo cuando la constitución y la actividad de una persona jurídica es expresión del libre desarrollo de las privadas, naturales personas está justificado considerar a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales (Castillo, 2008).

Como se mencionó antes, además, los criterios para la interpretación y atribución extensiva de los derechos fundamentales a las personas jurídicas pueden advertirse del examen de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano referidas anteriormente; tales criterios son: la naturaleza del derecho fundamental, es decir, su contenido constitucionalmente protegido, y la aptitud del derecho fundamental para alcanzar la finalidad perseguida por la persona jurídica en concreto; así, entre otros, el derecho al debido proceso y a todas las garantías jurisdiccionales, debido a que su contenido constitucional se formula al margen de un sujeto individualmente considerado, es posible predicarlos de todas las personas jurídicas privadas (Castillo, 2008, p. 34).

## **IV. EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA**

### **4.1. El Proceso**

La evolución científica del Proceso, siguiendo a Miguel Fenech, ha avanzado de una manera centrípeta: “de la contemplación y la descripción de los actos procesales que externamente lo caracterizan, (...) a otra perspectiva mucho más profunda: la esencia del proceso” (como se cita en Carlos, 1994, p. 24). Si bien, en las etapas de desarrollo de la ciencia procesal, las esferas que interesan al presente marco teórico, como son: la autonomía científica de dicha materia jurídica, y la autoridad relacionada con su operatividad, no iban aparejados en el correspondiente adelanto, tampoco carecían de relación e influencia mutua; pues como señaló Santiago Sentís, «desde el pragmatismo más rudimentario hasta el procedimentalismo ritual y, desde este, se ha elevado al rango de ciencia autónoma del Derecho Procesal» (como se cita en Carlos, 1991, p. 109), esto, en proporción a la cada vez más extinta «defensa privada» o uso de la fuerza en el reclamo mediante acción directa (primitiva forma de resolución de conflictos) que luego desembocaría en su moderación o límites en su uso y más tarde en el sometimiento de las partes a la decisión de un tercero imparcial; camino que ha conocido tanto los límites históricos como también los antropológicos, coronario de lo cual —con los desarrollos teóricos especialmente desde el S. XIX— es el Proceso como lo conocemos actualmente: el procesalismo científico, orden dirigido a la aplicación del Derecho al caso concreto a la vez que objeto específico de conocimiento de la ciencia jurídica.

### **4.2. Proceso y jurisdiccionalidad**

La característica heterocompositiva del proceso como conducto por el que el Estado despliega y concreta su función jurisdiccional específicamente ordenada a la solución del conflicto, la científicidad de su desarrollo teórico, mostrarse como manifestación por excelencia del proceso judicial, la fundamentación constitucional de sus postulados, han conseguido depurar el polivalente término “proceso” concebido en diversas áreas del

conocimiento y que a propósito del jurídico en el que se entendía como concatenación de actos hacia un fin, o como solamente una expresión dinámica de un derecho material, ha venido a constituirse en «disciplina jurídica que investiga la función de los órganos especializados del Estado encargados de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, específicamente en lo referente al método utilizado para conducir el conflicto a su solución» (Monroy, 2009, p. 129), por lo que, en la opinión de no pocos juristas, el término se confunde e incluso se subsumiría en el de Derecho Jurisdiccional; no obstante existen opiniones discrepantes como la del autor Juan Monroy, quien considera que el proceso y la teoría o ciencia que lo estudia ostentan identidad propia, e identifica al proceso y a la jurisdicción en una relación de inclusión de la segunda dentro de los estudios del primero, aunque «no siempre los estudios jurisdiccionales supondrán —de manera expresa o encubierta— una investigación de naturaleza procesal» (Monroy, 2009, p. 131), por consiguiente, en vista de la preponderancia de la jurisdicción, dada su cercanía y utilidad social, la exigencia de su tratamiento para su adecuado establecimiento en la ordenación de las relaciones o situaciones jurídicas ha sido acogido por ramas como el derecho constitucional, el derecho administrativo, la ciencia política, y de entre las que no podría mantenerse al margen debido a la relación que guarda con la jurisdicción y su concreta actividad en la sociedad, por supuesto, el derecho procesal.

#### **4.3. Debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva**

Hay un elemento en el que convergen las teorías que intentan explicar la jurisdicción y es que el órgano jurisdiccional precisa a ambas partes cuál es su situación jurídica y la conducta que deben observar una frente a otra, atendiendo a la norma jurídica declarada para el caso concreto, lo que no sucedería cuando se ha faltado al debido proceso por deslegitimarse al faltar a su naturaleza institucional constitucionalmente establecida, que se le presenta —reconoce Juan Monroy (2009)— como *poder-deber* y *función* correspondiente al ejercicio del Estado del

monopolio jurisdiccional; poder del servicio de justicia que nuestra Constitución Política, en su art. 138°, precisa, emana del pueblo:

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.

Esta prerrogativa del Estado adquirida en el proceso de su desarrollo en la historia como medio por el cual se asegura la vigencia de los derechos y se los consolida, implica establecer las condiciones favorables al cometido referido, garantizando a la persona que su exigencia de justicia sea satisfecha antes y durante el proceso hasta la ejecución de lo resuelto, procurando desde el inicio el acceso a los órganos jurisdiccionales, un proceso equitativo y razonable, que concluya con una sentencia motivada, y el derecho a que se ejecute lo resuelto por el tribunal, mediante la provisión de mecanismos (materiales y jurídicos) idóneos a la recepción y encauzamiento de la acción del sujeto de derechos como también a su operación legalmente preconcebida manifiesta en la relación de derechos esenciales en el proceso durante su desarrollo; principios constitucionalmente establecidos –como se dijo en acápites anteriores– esenciales a la estructura misma del Estado, tutelares de los derechos fundamentales y de los que reciben importante contenido; a este derecho en el proceso ha venido a llamarse *debido proceso* por asegurar dentro del proceso, que ninguna de las partes se encuentre en desventaja en la expresión de su posición jurídica mediante las pruebas, alegatos, impugnaciones y la ejecución de lo decidido en definitiva, cuya consecución corresponde evidentemente a la previa institución jurisdiccional de elementos como: Juez natural independiente, responsable, competente e imparcial, la realización de un emplazamiento válido, el derecho a audiencia, la oportunidad probatoria, la fundamentación de resoluciones, el control constitucional del proceso,

entre otros, circunscrito a las normas y procedimientos generales y los pertinentes al caso concreto.

La identificación –por algunos autores- del *debido proceso* y la *tutela jurisdiccional* o la relación de correspondencia entre ambos como el primero devenido de la segunda, hallan consonancia en lo señalado por el Tribunal Constitucional:

[...] (se) entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos a los previos por la ley, a la obtención de una solución fundada en derechos, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

En consecuencia, el debido proceso parte de la concepción del derecho de toda persona a la tutela jurisdiccional efectiva, y se concreta a través de las garantías que, dentro de un *iter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú. (Tribunal Constitucional, 2005, STC Exp: N° 3392-2004-HC/TC. F.J. 5-6).

Y no obstante la consideración de que la diferencia entre dichas instituciones fundamentales residiría en la visión –estática y dinámica, respectivamente- de cada disciplina (Monroy, 2009, p. 459), el Tribunal Constitucional, en Sentencia posterior a la anteriormente citada, las diferencia de la siguiente manera:

[...] La tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas,

tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer [...]. (Tribunal Constitucional, 2005, STC EXP. N° 8123-2005-PHC/TC. F.J. 6).

Aun la omisión en la alusión a la tutela jurisdiccional “efectiva” en nuestra Constitución, se colige que nuestra Carta Fundamental garantice no tan sólo un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también sea capaz de consentir los resultados alcanzados, con rapidez y efectividad. El Art. I del Código Procesal Civil prescribe que «toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso».

#### **4.4. Principios procesales**

En el sustento del desarrollo histórico de los Derechos Humanos concretizados como fundamentales constitucionalmente por las naciones democráticas dispuestas así en su magna estructura (Constituciones políticas), la garantía de su vigencia ha de entrañar una organización jurisdiccional suficiente establecida en principios que recojan los valores existenciales pertinentes a la justicia, que comprenden la dignidad, libertad e igualdad de los hombres.

##### **4.4.1. Principio de la exclusividad y obligatoriedad de la función jurisdiccional**

La Constitución Política del Perú, en su Artículo 139°, inc. 1, establece que «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». En un Estado de Derecho, la actividad jurisdiccional le corresponde al Estado, quien por el poder-deber devenido de las facultades emanadas del pueblo, hace efectiva la encomienda a través de sus órganos especializados. De este principio se desprende también la obligación de

las personas emplazadas o que forman parte del proceso, de cumplir con las decisiones que se expidan en el proceso.

#### **4.4.2. Principio de la independencia de los órganos jurisdiccionales**

La Constitución Política del Perú, en su Art. 139, inc 2, establece como derecho y función jurisdiccional:

La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

Por virtud de las exigencias y facultades jurisdiccionales de un Estado para el logro de la justicia a que se aspira, es insoslayable establecer las condiciones que garanticen su indefectible consecución. En su ejercicio, la independencia jurisdiccional, como atributo inherente a ella es garantía de seguridad jurídica, en el sentido que no quepa atisbo alguno de afectación externa ajena a la actuación procesal y las decisiones tomadas en ella, que alteren su voluntad, pues a decir del autor Deyvis Echandía:

Toda intervención que trate de desviar su criterio en cualquier sentido, peca contra él y hace desvirtuar la esencia misma de su cargo. Por eso nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos, de funcionarios al servicio de los gobernantes o de los partidos (como se cita en Monroy, 2009, p. 176).

La independencia como principio presupone el ejercicio de la actividad jurisdiccional y el acceso a ella en la garantía del Estado Constitucional de Derecho, por ello y como derecho institucional respecto a las demás funciones y competencias estatales: derecho de los magistrados en el ejercicio de la función, como también el derecho de los justiciables.

El TUO del Poder Judicial en su Artículo 16°, acerca de la independencia jurisdiccional del Magistrado, prescribe:

Los Magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con

conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que les faculta la ley.

Sus términos, por tanto, alcanzan el desenvolvimiento jurisdiccional frente a cualquier injerencia institucional o personal, vertical u horizontal, interventora o interferente (distinta de una coordinación sistémica necesaria en la impartición de justicia), lo mismo que frente a las decisiones jurisdiccionales y precedentes vinculantes de las que consideren apartarse justificadamente, dentro de la seguridad jurídica necesaria en un Estado de Derecho, y la exigencia de jurisprudencia de calidad que generen predictibilidad: derecho de los justiciables y deber de los Magistrados (Guerra, 2010). El TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su Art. 22° establece que «[...] en caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan». Esta excepcionalidad, sin embargo, no aplica a la *cosa juzgada* por el Tribunal Constitucional, que ha señalado:

[...] Los tribunales y jueces ordinarios no pueden contradecir ni desvincularse de las sentencias del Tribunal Constitucional, bajo riesgo de vulnerar no sólo los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, sino también el principio de unidad, inherente a todo ordenamiento jurídico. Aún más, si así fuera se habría producido un efecto funesto: la subversión del ordenamiento constitucional en su totalidad, por la introducción de elementos de anarquía en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (Tribunal Constitucional Exp. N° 006-2006-PC/TC del 12 de febrero de 2007, F.J. 5, núm. 43).

La perfectibilidad de las resoluciones del Tribunal Constitucional y lo implicado por el principio de independencia generan discrepancia entre los autores respecto a si la adscripción a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional es obligatorio aun constando razonamientos y fundamentos jurídicos que obligarían el apartarse de los precedentes en cuestión.

#### 4.4.3. Principio de imparcialidad de los órganos jurisdiccionales

Junto a la independencia, la imparcialidad propende a que el órgano jurisdiccional no se encuentre afectado por agentes externos que vicien su juicio ni los que conciernen al ámbito personal, pues por imparcialidad se entiende “no ser parte”.

Principio que alcanza a las partes en interesadas en el conflicto en cuanto deber de ellas de resguardar la integridad del órgano jurisdiccional evitando injerencias tendentes a la parcialización jurisdiccional mediante propuestas irregulares; contingencia que eventualmente puede ser resuelta mediante el traspaso a otro órgano, el proceso en cuestión, sea por decisión propia o de los interesados dentro del proceso.

Calamandrei afirma:

Históricamente la cualidad preponderante que aparece en la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la humanidad, es la *imparcialidad*. El juez – sostiene- es un tercero extraño al a contienda, que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero *inter partes*, o mejor aún, *supra partes* (como se cita en Ovalle, 1996, p. 291).

Del mismo modo la eficacia de este principio se extiende hasta la efectiva realización de lo ordenado por el órgano jurisdiccional, que como derecho del justiciable, obliga al Estado establezca los medios adecuados –y las condiciones necesarias durante el proceso- para la efectiva ejecución de lo resuelto.

Otro logro de la realización de este principio es la pacificación lograda por la igualdad jurídica mediante la superposición del Derecho y el logro de justicia frente a cualquier interés particular indebidamente pretendido, esto mediante la autoridad conferida por la Ley y en este mismo orden – independientemente de una anhelada verdad real que se extiende como horizonte a alcanzar a nuestros límites y posibilidades- procurar la paz social.

En ese sentido y el evidente tono liberal del sistema procesal dispositivo que se halla configurado a la voluntad de las partes en cuanto ellas determinan el momento de activación o paralización de la marcha del proceso, lo mismo que la oportuna aportación material sujeta a debate atingente a las pretensiones, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas (Alvarado, 2008).

#### **4.4.4. Principio de contradicción o bilateralidad**

Conocido también como audiencia bilateral, consustancial al proceso. Las partes en la dinámica del derecho a la tutela jurisdiccional al que le corresponde el deber de comparecer cuando son emplazadas, necesitan pleno conocimiento de los actos en el proceso, de modo que notificándoseles los emplazamientos oportuna y suficientemente puedan aprovisionarse con los medios necesarios para su comparecencia y defensa, sometida a su discreción, pues para efectos del presente principio «lo trascendente es el conocimiento [...] lo importante es que conoció el acto en el momento oportuno» (Monroy, 2009, p. 177).

#### **4.4.5. Principio de publicidad**

La Constitución Política del Perú, en su Art. 139°, inc. 4, establece como derecho y principio de la función jurisdiccional: la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la Ley.

Como elemento importante a la garantía de una actividad procesal adecuada frente a la sociedad, también destinataria de los fines del proceso, concierne al Estado la transparencia -en lo correspondiente a la idoneidad de su desarrollo-, de forma que además de la seguridad de un proceso correctamente desarrollado, la cercanía entre la comunidad y la jurisdicción resulte en una relación de confianza a la vez que pedagógica. Las excepciones a este principio corresponden a la naturaleza del

proceso, en las que en las que, por ejemplo, se busque salvaguardar el decoro, el honor, o la intimidad de algunas personas.

#### **4.4.6. Principio de obligatoriedad de los procedimientos establecidos en la ley**

Se precisa imperativamente el cumplimiento de normas que regulan el procedimiento que conduce a la solución del conflicto mediante la decisión del juez o por su fin natural. Este imperativo conoce excepciones siempre que de manera expresa hayan sido establecidas, de modo que pueda convenirse una vía procedimental alternativa o distinta a la prevista en la ley procesal.

#### **4.4.7. Principio de la motivación de las resoluciones judiciales**

Las primeras bases legislativas imbuidas de este principio pueden hallarse en la legislación revolucionaria francesa que en el camino de fortalecer la flamante institucionalización de las facultades del nuevo régimen, y su alineación —como la de sus operadores— a las nuevas leyes y voluntad de la nación, promovía la obligatoriedad de la motivación de lo resuelto por las instancias judiciales, por lo que a ese propósito se creara el Tribunal de Casación, originalmente como un organismo dependiente de la Asamblea Nacional el cual conocía un recurso de “casación” de las causas resueltas faltando a la ley, precisamente mediante un examen de las motivación de la sentencia (Ovalle, 1996).

Esta garantía que encauza el desenvolvimiento de la autoridad encargada de la justicia mediante los límites y controles correspondientes provee también al desarrollo de la causa coherencia lógica, racional, de modo que la dinámica de las partes procesales se encuentren sustentadas y ordenadas a las pretensiones, absoluciones, a los medios impugnatorios que use, como a la finalidad del proceso mismo.

La Constitución Política en su artículo 139° inc. 5., establece como principio y derecho de la función jurisdiccional: «La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos

de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».

#### 4.4.8. Principio de la cosa juzgada

Este principio consiste en que las sentencias adquieren una calidad especial por la que las partes relativas al proceso instaurado no puedan volver a instaurar un segundo proceso con base en los mismos pedimentos y sobre iguales hechos. Obedece a la necesidad de darles el carácter de definitivo a las sentencias y evitar así que se susciten por las mismas cuestiones otros procesos. Por tanto es indispensable que la decisión final que se obtenga en tal proceso, sea de exigencia inexorable (Monroy, 2009).

En la cosa juzgada prevalecen los valores seguridad y certeza, sobre el valor justicia (salvo las sentencias intolerablemente injustas o socialmente intolerables, contra las cuales se admite, como vías residuales, el proceso de amparo constitucional, por infracción al debido proceso –proceso irregular- y el proceso de cosa juzgada fraudulenta) (Ticona, 1999). De lo dicho no se admite la relatividad de las verdades o el acatamiento de lo objetivamente injusto, sino –asumidas o no las verdades contenidas en los actos procesales- según el parecer de la generalidad de autores, el fundamento que justificaría la autoridad de Cosa Juzgada sería la utilidad práctica y pública antes que lo jurídico.

La cosa juzgada, como *autoridad* connota el revestimiento de una cualidad imperativa que permite sea ejecutada coactivamente, por mérito de ella misma, una vez –la resolución en cuestión- firme, no como consecuencia de la sentencia sino por virtud de la autoridad mencionada.

Por otro lado la cosa juzgada se manifiesta como eficaz, por ser inimpugnable, e inmutable, pues lo resuelto, como tal, no puede ser modificable. Conviene al respecto, hacer la atinencia hecha por Ticona (1999):

[...] No obstante, Liebman hace una distinción entre la *eficacia* de la sentencia y su *inmutabilidad* cuando afirma que la eficacia de la sentencia debe ser

entendida como un mandato, al menos en el sentido de que contiene la formulación autoritativa de una voluntad de contenido imperativo; empero este mandato o eficacia no puede, en sí y por sí, impedir a un juez que ha emanado la sentencia, examinar de nuevo el caso decidido y juzgar de un modo distinto; solamente una razón de utilidad política y social interviene para evitar esta posibilidad, haciendo el mandato inmutable cuando el proceso haya llegado a su conclusión con la preclusión de las impugnaciones contra la sentencia en el mismo. En esto consiste, pues, la autoridad de la cosa juzgada que se puede definir como la inmutabilidad que nace de una sentencia (p. 480).

## V. EL ARBITRAJE

Es un medio alternativo heterocompositivo de solución de controversias sobre derechos disponibles que las partes —en ejercicio de su libre albedrío y de su libertad contractual— someten obligatoriamente a resolución de los árbitros mediante un convenio específico; su establecimiento proviene de un contrato celebrado entre las partes y el tercero que es el árbitro, cuyo objeto es la solución del conflicto, agotándose su *auctoritas* —en virtud de la cual las partes le eligen o designan— en un único ejercicio que finaliza con el laudo arbitral, que las partes se comprometen a acatar (Carbonell, 2016); prerrogativas volitivas que no lo eximen de ser constituido como un proceso legitimado por los principios constitucionales y procesales que rigen en la jurisdicción ordinaria de la que difiere, entre otros aspectos, por detentar esta —la jurisdicción— potestad dimanada de la soberanía popular y que puede traducirse, en su caso, en una actuación coactiva, imponiendo la ejecución forzosa de su resolución.

En el Perú el proceso de arbitraje se rige por el Decreto Legislativo N° 1071 (2008), modificado por el Decreto Legislativo N° 1231 (2015).

### 5.1. Materias susceptibles de arbitraje

Del tenor de la norma arbitral, puede deducirse la amplitud de materias susceptibles de ser sometidas a procesos arbitrales. El Decreto Legislativo N° 1071 en su Art. 2°, prescribe que:

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

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Sin embargo a decir de Castillo Freyre:

El criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida en que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresadamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de alguna controversia (como se cita en Carbonell, 2016, p. 67).

## 5.2. Principios y derechos de la función arbitral

***No intervención judicial.*** Atingente al propósito de la vía arbitral de facilitar la resolución de conflictos por su modo especializado y eficiente en su desenvolvimiento, útil y urgente a las necesidades cada vez más complejas, especialmente comerciales y cuánto más, internacionales, a la vez que, no obstante la legalidad y ajuste a principios procesales constitucionales, la celeridad mediante la participación de las partes en el control del proceso que coadyuvan en la fluidez de las soluciones judiciales debido a la descarga del sistema judicial, de determinadas materias. Hay excepción, sin embargo en los casos de: ejecución del acuerdo arbitral, constitución del tribunal arbitral, medidas precautorias, costas, nulidad y reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

***Kompetenz-Kompetenz.*** Afín al principio anterior, es el relativo a la facultad de los árbitros de decidir acerca de las materias de su competencia, las cuestiones controvertidas durante el proceso arbitral e incluso respecto a la validez o eficacia del convenio arbitral. Importante, a fin de evitar que ante la negativa de una de las partes de someterse al pacto arbitral o las decisiones arbitrales «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» (Tribunal Constitucional, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero de 2006, F.J. 13).

**Independencia.** Como correlato los principios anteriores que, sin soslayo de la satisfacción y pacificación requerida del proceso, en lo que respecta al carácter dinámico y eficaz, dibuja al arbitraje; y que Lohmman (2005) describe así:

Independencia en lo más genuino de ella, que es tanto como decir, soberanía intelectual en el juzgamiento y consiguiente capacidad creativa, sin tener que ajustarse a los manidos corsés, usos judiciales y precedentes que se siguen sin posible discusión, para que no vaya a pensarse que el juzgador ha sido influido indebidamente para apartarse de la regla; y tanto como decir especialidad, que precisamente es la independencia de lo general u ordinario; y tanto como decir libertad, que se traduce en la capacidad de dirección del proceso como, sobre todo, de aceptar o no aceptar el proceso, lo que al juez estatal no le está permitido por lo común (p.268).

**Discrecionalidad** de los árbitros facultados por la voluntad de las partes que se sustraen de la ventilación del conflicto en la vía jurisdiccional ordinaria, de resolver sobre la existencia, eficacia y validez del convenio arbitral y, aun, sobre su propia competencia y sobre cuestiones relativas al convenio arbitral mismo, pudiendo también resolver de oficio o inhibirse del conocimiento de la controversia si las causas que de terminan su incompetencia son manifiestas. Así también la misma voluntad que los inviste puede limitar su actuación pudiendo formular oposición al arbitraje y obligar, a que el tribunal tenga que pronunciarse sobre su propia competencia.

**Potestad**, pues, dado el origen negocial de arbitraje, el cauce natural y regular del arbitraje desembocará en un laudo de acatamiento sin ningún tipo de coacción; sin embargo ante motivos taxativos como son: la inexistencia o nulidad del convenio arbitral, falta de notificación de las actuaciones arbitrales, resolución de los árbitros sobre cuestiones no sometidas a arbitraje por las partes o no susceptibles de arbitraje, no adecuación del procedimiento al acuerdo entre las partes o a la Ley, o ser contrario al orden público, como se disponía en el Art. 73° de la Ley

26572 - Ley General de Arbitraje hoy derogada, y se estipula actualmente en el Art. 63° del D. Leg. 1071. La revisión ante la jurisdicción ordinaria tendría cabida, sin que signifique una segunda instancia, además de encontrarse impedida de pronunciarse acerca del fondo del asunto.

### **5.3. Árbitros**

#### **5.3.1. Designación**

La Ley 26572 (derogada), en su Art. 101°, así como la vigente norma que rige el arbitraje: D. Leg. N° 107, en su Art. 19° han permitido a las partes de determinar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral, mas, la primera, a falta de tal acuerdo, determinaba que fueran tres, procurando la imparidad deliberativa; se ha permitido además la designación de árbitros suplentes; estas elecciones pueden recaer en personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, para lo que -salvo acuerdo entre las partes- tampoco la nacionalidad sería obstáculo, con excepción de alguna incompatibilidad para actuar como árbitros, como se dispuso en el Art. 26° de la Ley N° 26572 (derogada), y actualmente en los Arts. 20° y 21° del D. Leg. N° 1071.

#### **5.3.2. Nombramiento**

El procedimiento de nombramiento está sujeta a la voluntad y discreción de las partes, que según la norma vigente podrían incluso delegar tal elección a un tercero. Esta también era la opción estipulada en el Art. 103° de la Ley N° 26572, la referida facultad del Juez especializado en lo Civil por delegación expresa y ante el incumplimiento de funciones e imposibilidad de acuerdo en la elección de árbitros; o permitir sea una institución arbitral la que lo elija, dentro de cánones como los plazos, que sin menoscabo de las libertades y evitando se vulnere el principio de igualdad, procuran la economía y eficiencia, estableciéndose actualmente que a falta de acuerdo, será la Cámara de Comercio del lugar de arbitraje

o la de la celebración del convenio quien la realice, según se regula en los Arts. 22° y 23° del D. Leg. N° 1071.

### **5.3.3. Abstención y recusación de árbitros**

La Ley 26572 (ahora derogada) en su Art. 28° establecía causales de recusación de entre las cuales figuraban las relativas a incompatibilidades o las atinentes a los requerimientos expresos de la norma para la idoneidad de los árbitros, o las que existieran en el convenio arbitral; de la misma manera, las causales previstas por el reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido y cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, ameritaban la recusación (Arts. 25° - 28°). Causales corroboradas por el D. Leg. N° 1071 en su Art. 28°, y en concordancia con la función y finalidad del proceso arbitral, tales circunstancias no impedían la continuación del proceso siempre que se haya advertido a las partes, y estas las dispensasen, para lo cual, la clarificación y la oportunidad operan como elementos indispensables.

### **5.3.4. Independencia e imparcialidad de los árbitros**

Es amplio el contenido de estos principios que cualifican a los árbitros, del mismo modo, amplio es lo tratado sobre el significado de cada uno de estos dos términos, 'independencia' e 'imparcialidad', en el contexto del arbitraje. Suele entenderse que la 'independencia' es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la 'imparcialidad' apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea (Alonso, 2006, p. 98).

La economía, practicidad, y eficiencia del proceso arbitral no soslaya su finalidad satisfactoria y pacificadora, y no obstante su particularidad comercial para –entre otros asuntos procesales- la elección de árbitros, su estatuto apela al principio de igualdad de donde derivan la imparcialidad y la independencia. La actividad arbitral se reviste de una importancia tal que en ausencia o transgresión a los principios mencionados, como lo

señalan Castillo Freyre y Sabroso Minaya: «... la consecuencia práctica será la pérdida de confianza en esta institución como método alternativo eficiente de solución de controversias» (como se cita en Carbonell, 2016, p. 242); para lo que la figura de la recusación según Leonardo Charly:

Consiste en mantener la imparcialidad de los fallos sobre todo en aquellos casos en que a pesar de reunirse los factores determinantes de competencia, se presentan algunas situaciones, de carácter objetivo, que pondrían en peligro la recta administración de justicia. En consecuencia, podemos afirmar que la razón de ser de la recusación –como instrumento jurídico utilizado para restaurar la fe en el proceso– radica en la desconfianza en el administrador de justicia. Si bien es cierto que la confianza es un acto voluntario y personal, esto es, que generalmente otro no confía por uno, sino que somos nosotros, con base en nuestra experiencia, los que depositamos o quitamos nuestra confianza en y a alguien, existen casos en que la ley desconfía por nosotros. A partir de ello, se desprende que la sociedad desconfía a priori de que determinados sujetos, independientemente de sus calidades personales y profesionales, puedan hacer justicia (como se cita en Carbonell, 2016, p. 242).

### **5.3.5. El deber de revelación del árbitro**

La independencia e imparcialidad requeridas de los árbitros impelen la mayor garantía de dicho estado en los árbitros quienes, por ende, están llamados a satisfacer, en principio, esta aspiración de las partes, mediante la revelación a ellas de cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia que redunden en la afectación a la fidelidad debida a la voluntad de las partes y la que se espera del procedimiento arbitral con el consecuente laudo.

### **5.3.6. Teoría de la apariencia en el arbitraje**

En consonancia a los puntos antecedentes, respecto a la independencia, la imparcialidad y, por tanto, el deber que al respecto el árbitro tiene de desplegar los medios que generen la expectación y garantía de un procedimiento válido a las partes —lo mismo que al requerimiento público subjetivo— por medio de —entre otros aspectos— las cualidades obligadas antes mencionadas y arrojadas por los árbitros para el

desempeño de sus funciones, Alonso (2006), considerando además las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, reflexiona:

Al referirme a este deber como un deber –de revelación- delicado del árbitro quiero decir que su ejercicio no siempre es tarea fácil, porque las circunstancias a revelar no son solamente las que el propio árbitro considere que ponen en duda su imparcialidad o independencia y que, a buen seguro, le llevarán directamente a comunicar a las partes que no puede actuar como tal, sino también aquellas otras circunstancias que, a los ojos de las partes, pongan en duda esas cualidades. Se exige así al árbitro un esfuerzo de apreciación, marcado necesariamente por su visión subjetiva de las cosas, de lo que otras visiones también ineludiblemente subjetivas, las de las partes, puedan entender como “dudas justificadas” sobre la imparcialidad e independencia de aquél.

Inmerso en este subjetivismo, el método más seguro que probablemente pueda seguir el árbitro para dar cumplimiento a su deber de revelación consista en revelar lo que directamente crea que debe revelar y además lo que dude si debe revelar.

Esta es la norma que, con buen sentido, se sigue en los arbitrajes ante la CCI, donde las personas propuestas para ser árbitros deben completar una “Declaración de aceptación y declaración de independencia de árbitro”, en la que expresamente se advierte al candidato que “[e]n caso de duda usted deberá optar por la revelación”. Y es que, por poca que sea la relevancia que tenga una determinada circunstancia a los ojos del árbitro, la decisión de ponerla en conocimiento de las partes en caso de duda parece la más acertada; no tanto por la circunstancia en sí, que una vez revelada por el árbitro es bien posible –y además frecuente– que no dé lugar a ninguna objeción, sino por las dudas que podría despertar en una de las partes, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro no la hubiese revelado antes. (p. 100).

#### **5.4. El laudo arbitral**

El laudo es la decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables componedores (RAE).

Mediante el laudo arbitral se resuelve la cuestión de fondo por el que las partes deciden en principio someterse al procedimiento arbitral. Siendo, además, el laudo, la decisión que pone fin al proceso –desde el punto de vista del efecto concluyente y finalizador- el alcance de su noción abarca tanto el fallo o decisión de los árbitros sobre el fondo de la controversia, el

que homologa una transacción y el que resuelve una cuestión procesal que impide la continuación del arbitraje.

Existen **laudos parciales** que resuelven parcialmente el fondo de la cuestión, estos se pronuncian sobre algunos puntos litigiosos anticipando su resolución y versan sobre la ley aplicable, la validez de un contrato, la prescripción, la legitimación para actuar o la citación de terceros al proceso. Similar función la de los **laudos incidentales o interlocutorios** cuya denominación proviene de la oportunidad y circunstancias de donde emergen y los laudos están llamados a resolver.

La emisión del laudo exige la observancia de requisitos para su validez y eficacia, sin soslayo de la flexibilidad y aspecto negocial de este procedimiento, se requiere mayorías en la votación, escrituradad, motivación, oportunidad para su emisión (plazos que pueden ser prorrogables), formalidades suficientes, entre otros, como se observaba en los Arts. 48°-57° de la Ley N° 26572 Ley General de Arbitraje (derogada) y actualmente en los Arts. 52°-58° del D. Leg. N° 1071 Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. Los efectos consecutivos son: su obligatoriedad para las partes y para el tribunal, susceptible de recurso inmediato, susceptible de ejecución tanto en el país sede como en un país extranjero, etc., como se regula en el Art. 59° del D. Leg. N° 1071 Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

Una característica primordial del laudo arbitral es la obligatoriedad de su cumplimiento y no puede estar condicionada a la aceptación de las partes para dicho efecto.

#### **5.4.1. Ejecución del laudo**

La vinculación de las partes en el cumplimiento de lo resuelto por el laudo se debe a la propia voluntad de los sujetos de someterse a su cumplimiento, consecuentemente el laudo es título ejecutivo y puede procurarse su efectividad –ante el obstáculo de su ejecución en sede arbitral, y debido a que los árbitros carecen del *ius imperium*-forzosamente ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede

del arbitraje, regulado en su momento por La Ley General de Arbitraje (derogada) en su Art. 83° de la Ley N° 26572, recogido actualmente por el D. Leg. N° 1071 Decreto Legislativo que norma el Arbitraje en su Art. 67°.

#### **5.4.2. Anulación de los laudos arbitrales**

Con la prohibición (bajo responsabilidad) de una revisión del fondo del laudo, es posible la revisión de su validez, en sede judicial, mediante el recurso de anulación del laudo y por causal taxativamente consignada en la norma, como se dispuso en la Ley General de Arbitraje (derogada) Ley N° N° 26572 en su Art. 73°, y actualmente en el Art. 63° del D. Leg. N° 1071 Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

No se trata de una segunda instancia sino una forma de control del cumplimiento de los cauces legales necesarios como: la inexistencia del convenio arbitral, la falta de notificación de las actuaciones arbitrales, resolución de los árbitros sobre cuestiones no sometidas a arbitraje por las partes o no susceptibles de arbitraje, no adecuación del procedimiento al acuerdo entre las partes o a la Ley, o ser contrario al orden público.

#### **5.5. Arbitraje y Jurisdicción**

Aunque desde un punto de vista procesalista puedan identificarse estas dos instituciones, y al respecto la vigente norma arbitral Decreto Legislativo N° 1071 no precisa definición, mostrándose más pragmática y comercial, suele reconocerse al arbitraje como un medio alternativo de solución de controversias sobre derechos disponibles que, mediando un convenio, las partes libremente someten obligatoriamente a resolución arbitral.

La derogada Ley N° 26572 Ley General de Arbitraje en su Art. 9° definía al convenio arbitral como: «el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial».

Asimismo la “jurisdicción arbitral” ha sido reconocida desde la Constitución Política de 1979 en su Art. 233° a pesar que doctrinalmente el arbitraje es visto desde una perspectiva distinta a la jurisdiccional, como medio o sistema privado de solución de controversias.

Las ventajas que se espera provea un procesamiento de controversias como el arbitraje, especialmente en el ámbito del comercio nacional e internacional, tales como la especialidad, neutralidad, flexibilidad, celeridad, confianza, privacidad, simplicidad, próximos a la manifestación de la voluntad y seguridad contractual de las partes que le brindan valor y eficacia, no pueden soslayar el hecho de este mismo fundamento pueda minar la satisfacción y pacificación esperada en la resolución de conflictos y que procura un sistema procesal como el jurisdiccional u ordinario, pues como se ve del fondo (arbitral) materia del Proceso de Amparo objeto del presente informe, no se espera mayor neutralidad u objetividad en las resoluciones de los árbitros que son elegidos por las partes, que en las de un juez en el ámbito jurisdiccional.

No obstante, y como se aprecia de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1071 Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, la necesidad de inserción del país al exigente y cambiante tránsito comercial y financiero internacional como nacional, hace imperativa la adecuación de normas referentes al arbitraje, la de la normativa pertinente, y el auxilio complementario al jurisdiccional de modo que las controversias surgidas sean resueltas en el sistema arbitral. Se procura promover y facilitar el desarrollo del arbitraje, como mecanismo alternativo para la solución de controversias en materia comercial.

Ejemplo de ello es la adopción por el Estado del arbitraje como medio de solución en el sistema de compras de bienes y servicios del sector público en la Ley N° 26850 Ley General de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que establece en su Art. 41° sobre las Cláusulas obligatorias en los contratos, en su literal b), sobre la solución de controversias, que: «Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje», y en su art. 53, sobre

la solución de controversias, en su numeral 53.2, que: «las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes». Reitera además que el laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.

Respecto a la distinción y a la vez complementariedad que significa el alternativo sistema arbitral, el Tribunal Constitucional sostiene:

De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación internacional (Tribunal Constitucional, Expediente N° 6167-2005-PHC/ TC 2005, F.J. 10).

### **5.5.1. Arbitraje, Constitución, y debido proceso**

#### ***Arbitraje y Constitución***

Las ventajas y atribuciones del arbitraje, sin embargo, no serán suficientes para confundirla con la jurisdicción ordinaria, pues, no obstante mostrarse como ejercicio de una facultad que se recibe de las partes para resolver un conflicto de intereses, en virtud de la cual es capaz de regular el acuerdo de voluntades al sometimiento de las decisiones de un tercero, sus funciones y prerrogativas se encuentran delimitadas y diferenciadas de la tarea judicial a la que no reemplaza sino que procura complementarla, pues esta última, dotada por el Estado de la facultad de hacer cumplir coactivamente sus decisiones, puede además controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad y se desarrolle bajo las garantías constitucionales (Santistevan, 2006).

### ***Autonomía de la voluntad y Constitución***

La Constitución Política del Perú reconoce la autonomía de la voluntad como elemento importante, en su Art. 2 inc. 4, dispone que «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe», establece un punto de legitimación general junto al particular concretizado en el convenio arbitral que la Ley N° 26572 - Ley General de Arbitraje (derogada) en su el Art. 9° definía como: «el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial». O «[...] respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza», como concluye el texto de la prescripción del D. Leg. N° 1071.

La Norma Fundamental, entonces, confiere y sustenta la facultad del sistema arbitral de la ventilación y solución de controversias de carácter disponible. Dicha autonomía de la voluntad se adscribe y limita ineludiblemente, por los principios constitucionales y democráticos de Derecho que informan nuestro Estado, conformando al arbitraje, por tanto, a los lineamientos establecidos por la Constitución y las leyes, como a la observancia de la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Autonomía, generadora de relaciones, y de cuya manifestación práctica en un contrato (por ejemplo), De la Puente y Lavalle expresa que «El contrato no es una fuente de Derechos, cual lo es la norma jurídica, sino una fuente de las obligaciones, de tal manera que las personas mediante el acuerdo de sus declaraciones de voluntad no emiten un precepto regulador, sino crean una relación obligacional entre ellas» (como se cita en Carbonell, 2016, p. 84).

### ***El debido proceso en el arbitraje***

Aunque el debido proceso no es mencionado en las normas que regulan el arbitraje, la potestad (alternativa y complementaria) jurisdiccional de que goza este medio de solución de conflictos implica de este la sujeción

a los mismos principios de la jurisdicción ordinaria, que garantizan su validez, con la particularidad de la autonomía de la voluntad privada en su inicio y desarrollo cuyo punto de partida concreto es el acto contractual, el pacto o convenio arbitral por el que las partes deciden resolver sus conflictos mediante arbitraje, designando, inclusive, a quienes han de deliberar sobre las materias, siempre que estas sean pasibles de disposición por las partes, lícitas, posibles, de acuerdo a las buenas costumbres, que no contradiga a la libertad de las acciones o de la conciencia, perjudiquen a un tercero, contrarios al orden público (que no obsta su arbitrabilidad, siempre que los derechos involucrados sean disponibles por las partes), o finalmente se encuentren prohibidas expresamente en la ley.

Tal libertad en la autorregulación exige la sujeción a principios como el de buena fe, que coadyuve a la marcha idónea de los procedimientos; confidencialidad, de las partes y agentes participantes en el arbitraje; igualdad, que implica la eliminación de cualquier privilegio en el nombramiento de los árbitros para con alguna de las partes, transgresión del cual acarrea la nulidad de dicho nombramiento; contradicción, que precisa el conocimiento del que deben participar las partes, de lo aportado al tribunal arbitral; información que debe ser dispensada de manera idónea a las partes, pues configuran el material que genere la decisión arbitral en el laudo, y que oportunamente puedan ser materia de oposición o rebate.

### **5.5.2. Nulidad de laudo por falta al debido proceso**

Debido a los fines de proceso como medio por el que son satisfechas las pretensiones particulares y la necesidad pública subjetiva, con el objeto de constituir y reconocer derechos sustantivos y solucionar conflictos a la vez que establecer la paz social, establecer garantías, seguridad y justicia, se precisa el análisis de su desarrollo y el cumplimiento de las formas impuestas a dicho propósito, esto es, asegurar el debido proceso, redundante en la validez de sus resultados.

La Ley General de Arbitraje en su Art. 73°, y el Decreto Legislativo N° 1071 D.L. que regula el Arbitraje en su Art. 63°, establecen las causales por las que procede la anulación de los laudos arbitrales, que recogen en su mayoría faltas al debido proceso, como por ejemplo la legalidad del proceso (lit. a; c; d, e), la bilateralidad y contradicción (lit. b), independencia del árbitro (lit. c), entre otros.

Si bien la derogada Ley N° 26572 en su Art. 63° establecía como recurso junto al de anulación de laudo, el de apelación del laudo ante una segunda instancia arbitral o en su caso ante la Sala Civil de la corte Superior del lugar de la sede de arbitraje competente al momento de presentar la apelación, actualmente el D. Leg. N° 1071 en su Art. 62° establece como único recurso, el de anulación de laudo, el cual se solicita ante el órgano jurisdiccional Superior competente, pero con la prohibición de revisión del fondo de la controversia, en orden a la prerrogativa –Constitucional-privada, otorgada a la voluntad de las partes, quienes sustraídas consensuadamente de la jurisdicción ordinaria, optan por dirimir sus controversias mediante el arbitraje.

## **VI. EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO**

De la consideración de los derechos fundamentales de la persona, su vigencia y relación con la justicia constitucional como fundamento del constitucionalismo moderno, se sigue la importancia del derecho a su urgente y efectivo amparo como queda reconocido y positivamente establecido en el Art. 200° inc. 2 de la Constitución Política del Perú, garantía reconocida además por los entes internacionales mediante La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 8°), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 25°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art 2.3), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25).

Tal es la naturaleza de los derechos fundamentales, que, no obstante estos haberse encontrado en determinado momento histórico a merced de las limitaciones impuestas por los gobernantes de turno, como las que

la historia y la condición humana misma cargan tanto al infligirlas como al sufrirlas, han encontrado su cauce —tanto más estimulados al hallarse afectados— para su reconocimiento y efectividad; tal es la experiencia francesa en lo que significó el proceso de revolución (1789) con sus causas y también sus métodos, la mexicana en su etapa de independencia que «caracterizada por la falta de respeto a los derechos humanos, fue el caldo de cultivo que hizo factible el nacimiento del amparo», la necesidad de amparo frente a ya no sólo la afectación de las «garantías individuales» por actos de autoridades públicas sino también contra los de los particulares que, en la experiencia argentina, por ejemplo, evolucionó hacia un alborar del proceso constitucional de amparo mediante mecanismos jurisprudenciales que llevaban consigo el implícito pero necesario además de urgente reconocimiento y la protección de las —llamadas entonces— «garantías individuales» discernidas del análisis y comprensión de los preceptos constitucionales a pesar de no encontrarse regulados —tales mecanismos de protección— por ninguna norma especialmente dispuesta a ese cometido; similar tránsito en el proceso de suscripción al sistema democrático y constitucional de Derecho en el Perú debió superar —además del parcial tratamiento de garantías individuales de fines del S. XIX— contextos de crisis previos a la Constitución Política de 1979 (Art. 295°) —donde la «acción de amparo» es denominada como tal— durante el gobierno militar, como durante el gobierno del Ing. Alberto Fujimori —y hasta después de entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993— donde las instituciones democráticas y protectoras de los derechos fundamentales se encontraban controladas, su alcance restringido, y en fin, desnaturalizadas (Abad, 2008).

### 6.1. El amparo como proceso

La concepción sustantiva que desde el principio tuvo la institución del amparo debido a su origen constitucional —por ello, el mérito de su especial consideración— no ha obstaculizado que a sus características fundamentales y urgentes se le haya sumado el rigor y cientificidad del

proceso moderno que ha dado paso al relativamente nuevo Proceso Constitucional. Esta reivindicación de la naturaleza procesal del amparo no implica relegar de ningún modo el análisis constitucional de los derechos, que le otorgan eficacia a su protección, sino que, importa destacar la autonomía del proceso de amparo —además de su carácter instrumental— de la disciplina material o Derecho Constitucional (Abad, 2008).

### ***La particularidad del proceso de amparo***

Además de la distinción que le otorga la cualidad de los derechos que debe tutelar (constitucionales y fundamentales), frente a los procesos con objetos de distinta índole material encuentra su peculiaridad en la apremiante actuación de los jueces que controlen la actuación de las partes, «a fin de conseguir, dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales [...]», el predominante imperio de los principios procesales de entre los que figuran, por coadyuvar al logro de los fines del proceso, el de «publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum o pro actione*», y el carácter de «proceso de tutela de urgencia» que le imprimen la particularidad de los derechos que le conciernen como objeto de tutela (Tribunal Constitucional, 2002, STC Exp. N° 0266-2002-AA/TC, F.J. 6), características que han ocasionado denominarla «tutela jurisdiccional diferenciada», o también «tutela de urgencia constitucional» (Abad, 2008, p. 103).

### ***La pretensión en el amparo***

Como pretensión objetiva se requiere al órgano jurisdiccional ordenar el cese de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, mediante sentencia condenatoria junto a la extensión de sus efectos, como son los extremos que se consideraban en la Sentencia que declara fundada la demanda de amparo según el anterior Código Procesal Constitucional en su Art. 55°, regido hoy por el Nuevo Código Constitucional - Ley N° 31307 en su Art. 52°; lo mismo las omisiones, que

mediante sentencia declaratoria sean reconocidos afectando derechos fundamentales, correspondiéndose así a la finalidad de los procesos constitucionales: «proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo» (Código Procesal Constitucional, Art. 1°).

### ***Principios del proceso de amparo***

No obstante la ordenación del proceso de amparo a los principios procesales comúnmente establecidos en los procesos ordinarios o por la teoría general del proceso, la particularidad constitucional y de urgencia que implican los derechos tutelados por el amparo exhortan a la aplicación como la interpretación de los lineamientos en este proceso a la discreción judicial y conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es Parte, en orden a la consecución de los fines de los procesos constitucionales, en pro de los cuales, pues, importante rol cumplen los principios de gratuidad en la actuación del demandante, lo que no impide el pago de costas y costos —como en los supuestos señalados por el Art. 56° del CP Constitucional—, impulso de oficio, el principio *iura novit curiae*, el principio *pro actione o favor procesum*, concentración, economía, inmediación y socialización procesales, dispuestos en los Artículos III, V y VIII del anterior Código Procesal Constitucional, recogidos hoy en las normas del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal - Ley N° 31307, que dan a entender que la urgencia de la defensa de los derechos constitucionales debería configurar la medida de la exigencia de alguna formalidad procesal.

## 6.2. Presupuestos para la procedencia del amparo

El Código Procesal Constitucional – Ley 28237 (derogado), en su Art 37° disponía que el proceso de amparo procede frente a los actos u omisiones ejercidos por autoridades, funcionarios o personas que vulneran o amenazan los derechos reconocidos por la Constitución distintos a la libertad individual —que son protegidos por el hábeas corpus— y a los derechos tutelados por el hábeas data. El Nuevo Código Procesal Constitucional dispone en Su Art. II que «son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa». Siendo que no le es propio la determinación de la titularidad de un derecho, sino el restablecimiento de su ejercicio; como proceso destinado a los actos es imprescindible en principio se acredite mínimamente la existencia la titularidad del derecho constitucional y el acto que la lesiona, pues «el Juez, no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar, en esencia, sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional» (Tribunal Constitucional, 2010, STC Exp. 0607-2009-PA/TC, F.J. 39).

Al amplio alcance de los derechos protegidos, el Código Procesal Constitucional le ha contrapuesto específicamente en su Art. 5° causales de improcedencia de los procesos constitucionales, que refieren: al contenido constitucionalmente protegido (inc. 1), la forma subsidiaria que puede adquirir el proceso constitucional frente a otros previos o alternativos igualmente satisfactorios (inc. 2-4), afectación cesada o, en su caso, irreparable del derecho constitucional (inc. 5), imposibilidad de cuestionar en supuestos excepcionales los actos de determinados poderes públicos (inc. 6-8), a que no sustituye al proceso competencial si la controversia se suscita sobre las atribuciones o competencias de entidades de derecho público (inc. 9), y la oportunidad de su interposición (inc. 10).

### 6.2.1. El contenido constitucional de un derecho fundamental

Determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental atraviesa por advertir el reconocimiento constitucional que se hace de aquel, en la consideración ineluctable de la unidad de la Constitución y los derechos fundamentales como de su necesario carácter contenutístico consecuente y correspondiente a la naturaleza, esencia y finalidad misma del derecho (CASTILLO, 2008), configurando la potencialidad teleológica a su titular (dimensión subjetiva) en correspondencia a las que las efectivizan (dimensión objetiva), y que a juicio del Tribunal Constitucional:

Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un *status negativus*, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, "en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; ( ... ) el fundamento del orden jurídico y de la paz social." [STC de España 53/1985, Fund. Jur. N°. 4]. (Tribunal Constitucional, 2003, STC. Exp. N° 0976-2001-AA/TC, F.J. 5).

#### ***La delimitación del contenido constitucional***

En ese orden, tal contenido, jurídico, —siguiendo al autor Luis Castillo Córdova (2008)— empieza a definirse en función del texto constitucional, y que el autor referido, en consonancia a doctrina precedente, señala que es:

**Limitado**, que significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, inmanentes o internos, los cuales definen el contenido *esencial* del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal.

**Ilimitable**, que significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas que vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate.

**Delimitable**, que significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político —en todo caso— ese ir perfilando y sacando a la luz esos con tornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales.

### ***Delimitación del contenido desde el texto constitucional***

Es pertinente, entonces, que sea la Constitución misma, su texto y sus disposiciones los que definan el contenido constitucional del derecho, mediante una apreciación «unitaria, sistemática, coherente y lógica» (Tribunal Constitucional, 2003, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, F.J. 5) que incidan en una hermenéutica integradora, «conforme a los principios de unidad y de concordancia práctica» (Tribunal Constitucional, 2003, Exp. N° 2209-2002-AA/TC, F.J. 25), al mismo tiempo que «en conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú» (Constitución Política del Perú, Cuarta Disposición Final y Transitoria), así como «las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte» (Código Procesal Constitucional, 2004, Art. V), como lo establece el Nuevo Código Procesal Constitucional en su Art. VIII.

### ***Delimitación del contenido desde la naturaleza y fines del derecho***

Junto a ello, imprescindible camino a la definición del contenido constitucional es reconocer la naturaleza del derecho mismo, es decir, su carácter ontológico, que sugiere además indagar por la finalidad del derecho protegido, que respecto al derecho al debido proceso en un Estado constitucional y democrático de Derecho, junto al respeto y dignidad personales frente al requerimiento de justicia y el acceso al órgano que la administra, también: la paz y justicia social; para lo cual es preciso acudir a «lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o modo de concebir o de configurar cada derecho» relacionando el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas con el metalenguaje o ideas

generalizadas y convicciones de los juristas y operadores del Derecho, así —refiriendo al Tribunal Constitucional español—

Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el Derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. (Castillo, 2008, p. 86).

En ese orden, se precisa, a su vez, indagar por los «intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos», contenido esencial absolutamente necesario, que provocan su real, concreta y efectiva protección, de modo que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (Castillo, 2008, p. 86).

### ***Delimitación del contenido desde las circunstancias del caso concreto***

Debido a la dinámica de los contextos en los que se desenvuelven los sujetos de derecho, la particularidad devenida de tales circunstancias terminan por definir el contenido constitucional del Derecho y su capacidad de ser protegidos por el proceso constitucional; a esta manera de delimitar el contenido del derecho importa señalar sus «elementos fundamentales (subjetivo, temporal, finalista, real o espacial y eficacia inmediata)» (Abad, 2008, p. 124).

#### **6.2.2. El acto lesivo a derechos constitucionales**

Bajo esas consideraciones, determinado el derecho cuyo contenido constitucional le hace pasible de tutela del proceso de amparo, una confrontación fáctica colegirá la capacidad lesiva del acto reclamado al derecho constitucional correspondiente, pues, en orden a lo dispuesto en el Art. 38° del Código Procesal Constitucional y como ha dilucidado en concreto el Tribunal Constitucional: «(...) no procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o

que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo» (Tribunal Constitucional, 2005, STC EXP N° 2802-2005-PA/TC, F.J. 5).

Esta lesividad se configura en determinados procesos cuya eficacia perniciosa puede ser determinada según:

#### a) El tiempo de su realización

Siguiendo al Tribunal Constitucional (2004) en su STC Exp. N° 3283-2003-AA/TC, FJ. 4.

- **Actos pretéritos:** Los realizados en el pasado, ya consumados, susceptibles de tutela jurisdiccional a condición de que por ésta sea posible la reparación del derecho —acreditadamente— afectado o amenazado de afectación.
- **Actos presentes:** Los que vienen realizándose al momento de solicitar la tutela jurisdiccional y que continúan hasta la resolución en última instancia.
- **Actos de tracto sucesivo:** Los que sin solución de continuidad, tienen una ejecución sucesiva, y sus efectos se producen y reproducen periódicamente.
- **Actos en expectativa:** Que no se han realizado en su integridad pero que desde ya se convierten en una amenaza cierta e inminente de violación de un derecho constitucional.

#### b) El modo de afectación

- **Acción:** Actividad comisiva de autoridad, funcionario, o persona que resulta lesiva o amenaza —cierta y de inminente realización— con la lesión de algún derecho constitucional.
- **Omisión:** Implica de la autoridad, funcionario, o persona, dejar de hacer lo que obligatoriamente debió cumplir, resultando en lesión o en amenaza —cierta y de inminente realización— de lesión de algún derecho constitucional.

### c) La reparabilidad

- **Actos reparables:** Que, diferenciados de aquellos cuyo agravio ameritan reparación económica —de la que no se encuentra exento el proceso de amparo—, los que importan a la procedibilidad de la tutela jurisdiccional constitucional son aquellos cuyo agravio es capaz de ser remediado efectivamente mediante aquella, considerando la finalidad del proceso constitucional cual es la protección de los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, significará, según Ignacio Burgoa: «restituir al quejoso en el goce y disfrute de la situación jurídica o de la garantía contravenidas» (como se cita en Abad,, 2008, p. 129) en principio y hasta donde sea posible, y en su defecto, cuando dicha reparación no sea posible porque haya devenido en irreversible o irreparable en todo o en parte el «papel restitutorio del Amparo contempla el empleo de medidas adicionales, que también proceden en forma complementaria cuando la restitución si es factible, tales como la imposición de una indemnización al agresor, o su sanción en los planos administrativo o penal» (Eguiguren, 2005, p. 145).
- **Actos irreparables:** Que, aunque no ameritarían tutela jurisdiccional debido a los fines antes mencionados, el reconocimiento del derecho, agotaría el contenido del fallo estimatorio del recurso de amparo; tal es la perspectiva del Código Procesal Constitucional que establece debe ser declarada fundada la demanda por estos actos a fin de evitar reincidencias en los actos lesivos bajo el apercibimiento de medidas coercitivas y sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda, y aun, una medida indemnizatoria pecuniaria de ser el caso (EGUIGUREN, 2005).

Art. 1° del Código Procesal Constitucional, fundamento recogido en la por el Tribunal Constitucional, dispone que no obsta lo irreparable del derecho constitucional afectado para acoger la demanda de amparo, «con el propósito de evitar que conductas como las aquí descritas se vuelvan a repetir, así como con la finalidad de individualizar las

responsabilidades a que haya lugar y que a juicio de este Colegiado son tanto penales como administrativas [...]» (Tribunal Constitucional, 2004, Exp. N° 0603-2004-SS/TC, F.J. 4).

#### d) La subsistencia de la lesión

- **Actos subsistentes:** El requisito para la procedencia del amparo requiere la vigencia de la lesión o la amenaza cierta o de inminente realización (Cfr. Arts. 1° y 5° del Código Procesal Constitucional – ley 28237).
- **Actos no subsistentes:** Que, consumados, han cesado y no tienen vigencia, por lo que la inminencia de su improcedencia es objetada por el criterio de protección más completa que el Código Procesal Constitucional (2004), procura (Art. 1°) precisando al Juez declarar fundada la demanda con propósitos que anticipadamente protegen contra la reincidencia en la lesión a los derechos constitucionales, y aseguran la incidencia de las responsabilidades resultantes de tales transgresiones.

#### e) La evidencia de la lesión

- **Actos manifiestos:** Capaz de ser verificados como lesivos al derecho constitucional mediante una mínima y suficiente prueba que lo acredite, debido a que no hay una etapa probatoria en el proceso de amparo.
- **Actos no manifiestos:** Que en defecto del mérito de la evidencia de lesión al derecho constitucional, puedan sin embargo ser objeto de examen en procesos judiciales distintos al constitucional de amparo.

#### f) Su consentimiento

- **Actos consentidos:** Los que debido a la prescripción (Art. 44° del Código) devienen en improcedentes y puede entenderse como un consentimiento tácito; y los que —aunque no regulados— se entienden como un consentimiento expreso al haber constancia de una manifiesta abstención o consentimiento de la lesión del derecho, que, inverosímil que pareciera, se inferiría de resoluciones

indemnizatorias en procesos alternativos o paralelos; cuestionables aseveraciones, teniendo en cuenta que no existe disociación en la satisfacción que requieren los derechos y los constitucionales así como los fines del proceso que mencionamos en los apartados anteriores, por lo que criterios de tal índole deben ser reconsiderados y modificados (ABAD, 2008).

- **Actos no consentidos:** Por lo anterior, refiere a los que por el tiempo transcurrido desde la afectación al derecho hasta la interposición de la demanda, no los aperciba y sancione la prescripción.

### 6.3. El procedimiento previo. La vía igualmente satisfactoria

#### 6.3.1. Excepcionalidad del proceso de amparo

La posibilidad de una vía igualmente satisfactoria cómo se encuentra recogida en el art. 5°.2 del CPCConst (2004). podría dar cabida a considerar al proceso de amparo como un proceso subsidiario de aquel que procurara la rapidez y eficacia al menos semejante a la que aquel lograría o también como una vía definitiva consiguiente de la firmeza de una resolución que concluye la vía judicial ordinaria correspondiente que hubiere logrado la salvación del derecho constitucional afectado.

Bajo estos supuestos, la mencionada norma establece la improcedencia del proceso de amparo, restricción que obedecería a exigencias económicas y de naturaleza de los procesos en cuestión —uno de ellos, el de amparo— y que, precisamente de tales exigencias pudiese entenderse la excepción a tal limitación como fue reconocida en la derogada Ley N° 23506 en su art. 28° donde no era exigible el agotamiento de las vías previas si:

- 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que se quede consentida;
- 2) Por el agotamiento de la vía previa pudiera convertirse en irreparable la agresión;
- 3) La vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el reclamante, sin estar obligado a hacerlo;
- 4) Si no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución;.

### 6.3.2. Alternatividad del proceso de amparo

El relego —no por ello, desmerecimiento— del proceso de amparo a los límites de la subsidiariedad y definitividad no ha sido acogido por la interpretación por el Tribunal Constitucional, más bien, desestimándolos, ha expresado que el proceso de amparo no es un proceso subsidiario (Tribunal Constitucional, 2001, Exp. N° 0200-2001-AA/TC, F.J. 1), que tampoco, el afectado en sus derechos constitucionales está obligado a acudir previamente a las instancias judiciales ordinarias y que sólo en defecto de los cuales procedería el de amparo (Tribunal Constitucional, 2003, Exp. N° 0976-2001-AA/TC, F.J. 3); dicho lo cual es posible afirmar —y así lo hace el Tribunal Constitucional— el carácter alternativo del proceso de amparo cuya interposición «queda librada a la opción que tome el justiciable» (Tribunal Constitucional, 2000, Exp. N° 0446-2000-AA/TC, F.J. 1).

La posibilidad de una vía suficientemente efectiva, igualmente satisfactoria —más aun cuando en nuestro medio jurisdiccional no se halla, hasta ahora— no ha quitado el carácter alternativo del proceso de amparo, el cual es más bien advertido por lo expresado en el inc. 3 del art. 5° del CPCConst. (2004) que prescribe que no procede el proceso constitucional cuando: «el agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional».

Tal es el carácter del proceso de amparo, por su naturaleza, que el razonamiento que atribuye al amparo como subsidiario y extraordinario a los “remedios” procesales de que dispone un ordenamiento jurídico «desconoce cuál es la finalidad mayor del amparo: otorgar una protección eficaz a los derechos afectados y no “acomodarse” dentro de un sistema procesal como categoría residual» (Pizzolo, 2001, p. 127).

### 6.3.3. Determinación de la vía igualmente satisfactoria

La cientificidad del Proceso presupone resoluciones ajustadas a los derechos y garantías constitucionales, fundamentales; por tanto, puede

considerarse a la vía de amparo, independiente, por su particular objeto: los derechos fundamentales y la eficacia en su salvaguarda.

En este sentido la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia recoge y ordena una serie de criterios establecidos a nivel doctrinario y jurisprudencial que orientan la actividad jurisdiccional constitucional cuando de la improcedencia, por la causal en cuestión, se trate, criterios, que a decir del punto Segundo del documento en referencia, «se traducen en un examen donde se deberán tomar en cuenta: a) La de legitimación procesal (activa y pasiva); b) La capacidad de ofrecer y/o actuar pruebas; c) El derecho a ser debidamente notificado de los diferentes incidentes o incidencias que se presentan a lo largo de cada proceso; d) La fluidez y duración del trámite previsto; d) La existencia de un escenario cautelar suficientemente garantista; [...] f) El establecimiento de medios impugnatorios eficaces» (Corte Suprema de Justicia, 2007, Resolución Administrativa N° 252-2007-P-PJ). Tales criterios son:

**a) La irreparabilidad del daño:** Lesión que no recae en lo pecuniario ni moral —que pudieran ser resultantes—, sino en el mismo derecho como bien humano inherente a sus fines existenciales, como su perfeccionamiento; menoscabo que en caso de no cesar por las vías jurisdiccionales distintas al amparo, este debería ser admitido por el juez constitucional; agresiones que, aun frustradas por dichas vías, no satisfacen la aspiración de ser igualmente satisfactorias.

**b) Probanza de la inexistencia de vías ordinarias idóneas:** La misma que recae sobre la parte demandante puesto que se exige —y se sigue— de los hechos concretos que determinan a la parte interesada optar por el proceso de amparo antes que por otro que pudiera ser idóneo; y que no pudiera discurrir, tal probanza, por los terrenos abstractos o de índole normativa para el rastreo de mencionada vía idónea, porque redundaría innecesariamente sobre las atribuciones del juez de conocer la vía suficientemente efectiva equiparable a la del amparo, atribución judicial descrita en el principio *iura novit curia*.

**c) Análisis comparativo de las vías:** Que permita identificar la conveniencia, por eficaz, de los procesos ordinarios en los que se evidencien aspectos como la sumariedad, el trámite preferente (CPConst., 2004, Art. 13°) y la ausencia de etapa probatoria, así como, por la misma virtud, la efectividad en la tutela del derecho constitucional afectado mediante medidas cautelares que impidan la frustración de la salvación del derecho o su irreversibilidad debido al paso del tiempo y las circunstancias, la consecución de la finalidad del proceso, esto es, como lo establece el CPConst. (2004) en su Art. 1°: «reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional», restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales, como lo establece el CPConst. (2004) en su Art. 55°, y la pronta ejecución o actuación de sentencias firmes, como se dispone en los Arts. 22° y 59° del CPConst.

**d) Inminencia del peligro y medidas para evitar la irreversibilidad:** Referida al peligro de una cierta e inminente realización de vulneración efectiva de un derecho, que se vería consumada al impedirse al justiciable el trámite constitucional exigiéndole la defensa por una vía ordinaria, de la que se exigiera a su vez una oportuna y eficaz protección cautelar equiparable a la del amparo que, aun lograda, no sería suficiente para considerarla en una vía igualmente satisfactoria, pero que en su defecto, no ameritaría la desestimación para su cauce constitucional.

## **6.4. Aspectos centrales del proceso de amparo**

### **6.4.1. Los sujetos del proceso**

Debido a las características tutelares del proceso de amparo, los sujetos procesales se manifestarán legitimados en virtud del interés y la oportunidad en el proceso; así, pueden constituirse como partes procesales: la material o titular de una relación jurídica, y la parte procesal, compareciente en juicio como actora o demandada, categorías que

pueden corresponderse en la misma persona, pero que no pueden confundirse teóricamente.

Esta diferenciación, registrada en el Código Procesal Civil (art. 57° y 58°) y asumida por el Código Procesal Constitucional (2004) se manifiesta en el reconocimiento como legitimado para iniciar el proceso de amparo, de:

#### **a) Mediante legitimación activa**

**El afectado:** Con legitimación activa, que puede ser una persona natural o jurídica cuyo derecho fundamental haya sido transgredido desconociéndoselo u obstaculizando indirectamente su ejercicio; del mismo modo las entidades de derecho público interno siempre que el derecho transgredido sea identificable como fundamental y susceptible de tutela en el proceso de amparo y no signifique una controversia más bien competencial que ha de ventilarse en las vías procesales correspondientes (Art. 5° inc. 9 del CPConst. del año 2004).

**El representante procesal:** Cuya participación es exonerada de requisitos formales (de inscripción registral de la representación), salvo los mínimos cuando el representado no residiera en el país, y que tratándose de derechos ambientales o de intereses difusos, permite a los actores legitimados entablar dicha acción de amparo; particular atribución le es otorgada a la Defensoría del Pueblo y prescrita en su Ley Orgánica como estuvo dispuesto en el Art. 40° del CPConst. del año 2004, entidad que puede ejercer también una representación oficiosa.

**Representación oficiosa:** Que por la oportunidad y circunstancias como la ausencia del afectado, razones de fundado temor, emergencia o inminente peligro, incluso el desconocimiento de representante con poder suficiente, como los prescribe el Art. 81° del Código Procesal Civil. Forma atípica y excepcional de representación procesal adoptada también por el CPConst. – Ley N° 28237 en su art. 41°:

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de

fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

La Defensoría del Pueblo tiene como atribución esta procuración oficiosa (art. 9° inc. 2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo).

#### **b) Mediante legitimación pasiva**

Que implica a toda entidad frente a la que ha de deducirse la pretensión, es decir, cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace un derecho fundamental.

#### **c) Intervención de terceros**

Cuya participación reconocida desde la Ley 23506, aunque eventual, obligaba al Juez, admitir el apersonamiento de quienes tengan legítimo interés en la resolución del amparo (Art. 25°); el CPCConst. - Ley N° 28237 del año 2004 en su art. 43° prescribe la acumulación subjetiva de oficio por la que «cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar», porque de causarles indefensión podría acarrear la nulidad del proceso. Se diferencia el tercero, del litisconsorte (Art. 54° CPCConst.), en que estos últimos «son partes, en sentido estricto, de la relación jurídica procesal, a diferencia del tercero que “(...) es el sujeto procesal eventual no necesario para la prestación de la prestación de la actividad jurisdiccional que, sin ser parte, tiene la ‘chance’ de participar en una relación procesal pendiente en la medida del interés jurídico que ostenta y a través del instituto técnicamente denominado intervención de terceros”». (Tribunal Constitucional, 2004, Exp. N° 0961-2004/AA/TC, F.J. 5).

#### **d) Órgano jurisdiccional competente**

Lo es, donde se encuentre implementado, el juez especializado; de lo contrario, es competencia del Juez civil o mixto del lugar donde se afectó

el derecho, o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante, como se dispuso en el Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237. El Nuevo Código Procesal Constitucional en su Art. 42° dispone:

Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el juez constitucional del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpone ante la sala constitucional o, si no lo hubiere, ante la sala civil de turno de la corte superior de justicia respectiva. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema es competente para resolver en segundo grado. Si la sentencia es desestimatoria, el agraviado puede interponer recurso de agravio constitucional en el plazo de ley.

En el proceso de amparo, no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.

#### **6.4.2. Etapa postulatoria**

##### **La demanda de amparo**

La demanda de amparo es el acto por el que en el ejercicio del derecho subjetivo de acción, la parte afectada pretende ante el juez competente la defensa de un derecho fundamental vulnerado o amenazado por una autoridad, funcionario o persona.

##### **Suplencia de error y suplencia de queja**

Aunque su interposición exige requisitos mínimos para su admisibilidad, no es de carácter formalista; pues el juez, supliendo el error, por el principio *iura novit curiae* (Art. VIII del CPConst) puede corregir la norma erróneamente alegada, ya que, como ha considerado el Tribunal Constitucional: «la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel» (Tribunal Constitucional, 2002, Exp. N° 905-2001-AA/TC, F.J. 4), del mismo modo, mediante la suplencia de la queja deficiente, el juzgador de amparo está facultado para «centrar

el objeto del proceso en la consecución de la verdad histórica de los hechos, en beneficio del quejoso, aportando para tal efecto "conceptos de violación" o "agravios" no alegados por aquél o por el recurrente» (Meza, 2017, p. 431), subsanando deficiencias, permitiendo ordenarse a los propósitos del proceso, por lo que no es capaz de sustituir una improcedencia por motivos constitucionales, legales o jurisprudenciales.

### **Improcedencia liminar de la demanda**

Las causas por las que el juez podía declarar la improcedencia de la demanda comprendían las que desvirtuaban el sentido del proceso de amparo como también las de índole económica al sistema jurisdiccional; era prerrogativa del juez al momento de calificar la demanda según lo disponía el art. 47° del CPConst. derogado, y remitían a la observancia de las causales prescritas en su art. 5° que permitían declarar la improcedencia liminar, lo que era aplicable también cuando la demanda se había interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acreditaba la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de éste, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes; ello ante la evidente imposibilidad de canalizar la pretensión mediante el amparo y se exprese los fundamentos de la decisión.

El nuevo Código Procesal Constitucional del 21 de mayo de 2021, en su art. 6 prohíbe el rechazo liminar de la demanda, de conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales.

### **Contestación de la demanda**

La contestación de la demanda es el medio por el que se da respuesta a la demanda; integra el vínculo procesal, identifica y determina los hechos objeto de actividad probatoria. La brevedad del plazo para su interposición respecto del que se otorga al demandante y su prescripción (Art. 44° del CPConst. Ley N° 28237) es evidente del carácter y necesidad del proceso

de amparo por los derechos que tutela y su finalidad; debido a esto, no es posible la reconvencción. La absolución de excepciones, defensas previas o nulidad de auto admisorio solían ser resueltas en la sentencia después de haber dado traslado a la parte demandante; actualmente, luego del traslado a esta, el juez resolverá, por el plazo de 2 días, en el auto de saneamiento procesal, como se dispuso en la Ley N° 28946 que modificó el CPCConst. – Ley N° 28237. La ausencia de tratamiento específico de estos incidentes especiales permite la aplicación supletoria del Código Procesal Civil (Art.446° CPC) en lo que sea compatible a los fines del proceso de amparo. Si el juez ampara las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada y caducidad, a través del auto de saneamiento procesal anulará lo actuado y dará por concluido el proceso. Contra el citado auto de saneamiento procesal procede el recurso de apelación que se concederá con efecto suspensivo. En cambio, si las excepciones son desestimadas, el recurso de apelación que se interponga se concederá sin efecto suspensivo.

#### **6.4.3. La actividad probatoria**

La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo no significa la prescindencia de búsqueda de la verdad de los hechos, sino que, la rigurosidad exigida en los procesos ordinarios —donde se declaran la titularidad de derechos— no corresponde a la premura ocasionada por las lesión o amenaza que se pretenden detener mediante el proceso de amparo, donde, sin la necesidad de un debate probatorio, los hechos lesivos —manifiestos y claros— sean susceptibles de acreditarse, pues «la arbitrariedad o no del acto no es un asunto que, por lo general, pueda determinarse en una estación de pruebas, sino, esencialmente, un problema que se atiene a su valoración judicial de cara al contenido constitucionalmente protegido del derecho» (Tribunal Constitucional, 2002, Exp. N° 410-2002-AA/TC, F.J. 5.), para lo que el juez puede disponer la realización de diligencias necesarias a tales propósitos en los alcances y fines del proceso de amparo, por lo que de ser necesaria una actividad probatoria más compleja debido a lo controversial del caso, es posible trasladarlo a una vía distinta. Por ejemplo, la determinación de la

vía jurisdiccional idónea en virtud del requerimiento de una «estación probatoria» puede observarse en la Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 692-99-AA/TC del 17 de diciembre de 1999. F.J. N° 5.

#### **6.4.4. Etapa decisoria**

##### **a) Sentencia**

La sentencia es la resolución judicial que pone fin al proceso o a una etapa en él, en el proceso de amparo debe emitirla el juez dentro del plazo de 5 días de vencido el plazo para la contestación de la demanda; en ella puede declararse la procedencia de la demanda —según se hayan cumplido los requisitos necesarios requeridos por la ley— y posteriormente la declaración estimatoria (demanda fundada) o desestimatoria (demanda infundada). Esta sentencia tiene las características de una condena, ya que una vez identificado el derecho constitucional vulnerado o amenazado, declara la nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de los efectos, restituye o restablece al agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación, ordena y define precisamente la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia, prescribiendo, además, que «en todo caso, el juez establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto» (CPCConst. – Ley N° 28237, Art. 55°).

##### **Sentencia definitiva**

En caso de discrepancia en la procedencia de la demanda en instancias inferiores, el Tribunal Constitucional tiene la potestad de dictar sentencia definitiva ante la realidad de la procedencia de la demanda y la urgencia de tutelar los derechos fundamentales que evite un eventual giro de irreparabilidad del derecho por la dilación que significaría la devolución de la causa a instancias precedentes.

El alcance de las sentencias abarcan una dimensión subjetiva que importa los derechos fundamentales, y una dimensión objetiva que alcanza la interpretación misma de la Constitución y por ende su trascendencia sobre todo el aparato jurídico estatal; esto, mediante las sentencias exhortativas.

#### **6.4.5. Etapa Impugnatoria**

El proceso de amparo garantiza la doble instancia, la posibilidad de revisión de la resolución en los extremos en que puede haberse incurrido en error en la interpretación, aplicación del derecho, en la apreciación de los hechos o de la prueba.

#### **Recurso de apelación**

La oportunidad del recurso se encuentra dentro de los tres días de notificada la resolución, ante el órgano superior (segundo grado) el cual concederá el plazo de tres días al recurrente, para la expresión de agravios, en defecto de la cual se correrá traslado a la otra parte con la respectiva fecha para la vista de la causa, pudiendo efectuarse el informe oral pertinente. La sentencia deberá dictarse, bajo responsabilidad, dentro de los cinco días posteriores a la vista (art. 58° CPConst.).

#### **Actuación inmediata de la sentencia**

No obstante ello, una interpretación del segundo párrafo del art. 22° del CPConst. – Ley 28237, que prescribe: «la sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata», se permite la ejecución de la sentencia de primer grado, con prescindencia de su eventual apelación, como resuelve el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 5997-2005-HC/TC, F. J. 3, en orden a los fines del proceso constitucional como son la tutela urgente y restitución al goce de los derechos fundamentales del demandante.

#### **6.4.6. Recurso de agravio constitucional**

El carácter de los derechos fundamentales determina la función que en su cristalización constitucional configuran el orden político y jurídico del

Estado, sea como norma fundamental, por la eficacia de su contenido que obliga, vincula y sanciona su incumplimiento, o también como guía de la estructuración y dinámica del organismo encargado —a su vez— de su vigencia formal y material mediante mecanismos idóneos al fin propuesto, que en el Perú, es la persona humana y su dignidad.

Dicho carácter conoce dos dimensiones: a) Subjetiva, ateniendo al goce y facultades del titular del derecho fundamental, y b) Objetiva, que respecta a la obligación del Estado de hacer efectivo el requerimiento de la dimensión subjetiva; ejercicio que en su realización comprendería también una dimensión adjetiva.

Este mismo carácter y significación de los derechos fundamentales, como la necesidad de mecanismos idóneos para su vigencia traen a colación que su garantía y protección sean también comprendidas dentro de los derechos fundamentales.

En este sentido surge el Recurso de Agravio Constitucional: «forma de protección superlativa de derechos fundamentales» (Tribunal Constitucional, 2005, Exp. N° 2877-2005-PHC/TC, F.J. 10), como acceso al Tribunal Constitucional, a quien corresponde: «Conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento» (Art. 202° inc. 2 CPE), en tanto órgano del cual se espera pacificación, certeza y seguridad, que juridifique los conflictos sociales en el marco de la norma y política constitucional.

Es de esta forma que se da contenido a la praxis del Tribunal Constitucional, en la garantía de las instituciones que subyacen al cuerpo constitucional y en la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales, lo que configura el parámetro básico de la labor jurídico-política concreta de la justicia constitucional. Así, al afirmarse el principio jurídico de la supremacía jurídica y valorativa constitucional y el rol del Tribunal Constitucional como supremo intérprete, se ve reforzado el principio político de la soberanía popular, que es la base material que da impulso al proceso de maduración democrático-constitucional. (Tribunal Constitucional, 2005, Exp. N° 0002-2005-PI/TC. Ámbito de Actuación. Pto. N° 3).

## **Interposición ante el Tribunal Constitucional**

El Recurso de Agravio Constitucional, según lo previsto por el art. 18° del CPConst. – Ley N° 28237, es presentado: «Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad».

### **Requisitos de procedibilidad**

Dentro de las causales de improcedencia de los procesos constitucionales prescritos en el art. 5° del CPConst. – Ley N° 28237, el Tribunal Constitucional (2005) en el Exp. N° 2877-2005-PHC/TC, F.J. 28, ha destacado, en ese orden, los siguientes requisitos que deben estar presentes en el recurso: la «vulneración manifiesta del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental»; que no suponga la «revisión de las demandas manifiestamente infundadas»; y que no se trate de asuntos «en los que ya se haya reconocido al tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda y respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación y establecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales.

No obstante, y considerando las máximas de la proporcionalidad en la aplicación de los filtros mencionados, «debe tenerse cuidado de no declarar manifiestamente improcedentes cuestiones que, en realidad, deban requerir un análisis más profundo, pues cuando exista duda razonable al respecto, debe ser declarada la procedencia», evitándose la lesión al derecho de defensa, el debido proceso y el derecho a la tutela procesal efectiva, entre otros, por una aplicación indiscriminada, extensiva y generalizada de la llamada «sentencia interlocutoria denegatoria» (Tribunal Constitucional, 2017, Voto singular del Magistrado Blume Fortini en el Exp. EXP. N.° 00257-2016-PA/TC, LIMA. F.J. 11). Para la viabilidad

de la reorganización propuesta se requieren de algunos presupuestos que el TC debe ir determinando normativa y jurisprudencialmente, mediante aclaraciones, justificaciones y concreciones en supuestos específicos, evitándose fallos arbitrarios, en la especial consideración de la justicia constitucional como última posibilidad para proteger y reparar los derechos fundamentales de los agraviados, que halla en el Tribunal Constitucional su última y definitiva instancia (Tribunal Constitucional, 2017, Voto singular del Magistrado Ferrero Costa en el EXP. N.º 00257-2016-PA/TC, LIMA. F.J. 16).

Precisamente el Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución, en orden a los fines del proceso de amparo puede resolver como instancia definitiva el fondo del asunto (Art. 20º del CPCConst. – Ley N° 28237).

## **VII. FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

Dimos a conocer líneas arriba lo concomitante de la argumentación jurídica en el desarrollo del moderno Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como de la fundamentación y argumentación de resoluciones judiciales en el encauzamiento en la razón y el Derecho de las decisiones de gobierno como las jurisdiccionales, de modo que se eviten el autoritarismo y la arbitrariedad; y —a distinción de gobiernos autoritarios o dictatoriales— la necesidad de la motivación como ejercicio democrático y democratizante por la razonabilidad de las decisiones y actos de poder que generen aceptación por la virtud de su justificación ante la sociedad mediante el rigor racional en la composición de sus premisas (justificación interna) como en la de su fijación adecuada (justificación externa).

La Sala De Derecho Constitucional y Social Permanente De La Corte Suprema De Justicia De La República en la CAS. LAB. N° 2965 – 2013, del 24 de julio de 2013, considerando Sexto, en atención al debido proceso defendido por el art. 8º de la Declaración Americana de Derechos

Humanos, considera que: «[...] la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión» y que: «la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado», proporcionando la posibilidad de criticar y recurrir la resolución ante instancias superiores para un nuevo examen de la cuestión.

### **7.1. Funciones de la motivación**

La necesidad de motivación deviene, precisamente, de la fundamentación, que, suficiente, persuada de su justificación, imparcialidad y justicia ante la sociedad (extraproceso) y ante las partes en el proceso (intraproceso), a su vez que puedan ser recurridos según lo consideren los interesados.

Es así que el Tribunal Constitucional (2005) en el Exp. N° 1744-2005-PA/TC, voto singular, F.J. 7-10, reconoce las siguientes funciones de la motivación de resoluciones judiciales.

#### **Función endoprocesal**

Que, por las bondades antes descritas, importa a su vez, derechos como el de defensa, pluralidad de instancia y el de impugnación de resoluciones, y su garantía, por la disposición ordenada a estos fines que le brinda su consistencia interna y concreta, de modo que pueda ser examinada en alzada.

#### **Función extraprocesal: dimensión social y política de la motivación**

Porque a la vez que ejerce la garantía político-jurídico de su imparcialidad, consolida la validez del sistema de fuentes.

#### **Función pedagógica**

Que permita al ciudadano, la comprensión de las decisiones, de modo que advierta de ellas las conductas prohibidas, permitidas o las que ameritan sanción. Esta función contribuye a la democratización, por la

responsabilidad que significa el conocimiento de sus derechos y deberes, como a la confianza en las instituciones.

## 7.2. Vicios en la motivación

Según el Tribunal Constitucional (2010), en el EXP. N° 0896-2009-PHC/TC, F.J. 7, se evidencian:

- a. *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* No da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o no responde a las alegaciones de las partes del proceso; en su intento de dar un cumplimiento formal al mandato, se expiden frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b. *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.
- c. *Deficiencias en la motivación externa;* justificación de las premisas. Cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o el Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por equis, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de equis en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica.

- d. *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e. *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.
- f. *Motivaciones cualificadas.* Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como

también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

## TERCERA PARTE - JURISPRUDENCIA

### De los derechos fundamentales de la persona jurídica

#### ***STC Exp. N° 00605-2008-PA/TC del 28 de enero de 2009, F.J. 4***

«Como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo, ello no significa que dicha titularidad pueda predicarse de manera general respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión. En efecto, la titularidad de derechos como el de propiedad, defensa, debido proceso, tutela jurisdiccional, libertad de contrato, libertad de trabajo, de empresa, igualdad, entre otros, resulta indiscutible en atención a la naturaleza del bien protegido por estos derechos. Sin embargo, en el caso de la libertad de tránsito no puede predicarse tal titularidad».

### Distinción de la jurisdicción ordinaria y el arbitraje

#### ***Expediente N° 6167-2005-PHC/ TC del 28 de febrero de 2006, F.J. 10, 13***

«De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional».

«El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna

autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes»

### **Debido proceso, tutela jurisdiccional**

#### ***Expediente N° 0032-2005-PHC del 28 de junio de 2005. F.J. 4, 5***

«La Norma Suprema, en el artículo 139°, establece los principios y derechos de la función jurisdiccional, consagrando el inciso 3° la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales. El artículo 4° del Código Procesal Constitucional, establece que "[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal"».

### **Alternatividad del proceso de amparo**

#### ***Exp. N° 0200-2001-AA/TC, del 18 de octubre de 2001, F.J. 1***

El Tribunal Constitucional ha establecido que el proceso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico no es un proceso subsidiario al que se puede acudir cuando no existen vías judiciales idóneas para dilucidar la

controversia en torno a probables agresiones a derechos de categoría constitucional, sino que es un proceso alternativo en el que la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que tome el justiciable, con el límite de que en los procesos constitucionales en los cuales no existe etapa probatoria, la posibilidad de la tutela de los derechos constitucionales queda condicionada a que el acto lesivo pueda ser plenamente probado en ella, pese a la existencia de etapa probatoria correspondiente.

***EXP. N.º 04195-2006-AA/TC del 16 de noviembre de 2007.F.J. N° 2***

«Respecto a los argumentos de la recurrida, este Colegiado, si bien comparte el criterio conforme al cual el proceso de anulación de laudo arbitral constituye, en principio, una vía previa al amparo (Exp. N° 6167-2005-HC, fundamento 14 in fine); no considera que ello signifique prescindir de atender el hecho de que, conforme al artículo 73° de la Ley General de Arbitraje, sólo se puede impugnar un laudo en base a una lista cerrada de causales. En tal sentido, este Colegiado estima que una afectación que no esté contemplada como causal de anulación de laudo, y que, sin embargo, compromete seriamente algún derecho constitucionalmente protegido a través del proceso de amparo, no puede ni debe tramitarse como un recurso de anulación, de modo que para estos supuestos queda habilitado el amparo como medio eficaz de defensa de los derechos comprometidos».

**Naturaleza del proceso constitucional y su diferencia con otros procesos jurisdiccionales**

***STC Exp. N° 0266-2002-AA/TC del 10 de marzo de 2005, F.J. 6***

«Una primera diferencia radica en los fines que persiguen ambos tipos de procesos. En efecto, a diferencia de los procesos constitucionales, los procesos ordinarios no tienen como objetivo hacer valer el principio de supremacía de la Constitución, y no siempre persiguen la tutela de derechos fundamentales.

La segunda diferencia estriba en la actuación del juez. En los procesos constitucionales, los jueces tienen –por razones más trascendentes que en los procesos ordinarios– el deber de controlar la actuación de las partes, a fin de conseguir, dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

La tercera se fundamenta en los principios que orientan los procesos constitucionales. Si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como de publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales.

Finalmente, la cuarta tiene que ver con la naturaleza de ambos procesos, y que puede enunciarse básicamente en que, a diferencia de los ordinarios, los constitucionales son procesos de tutela de urgencia».

### ***Ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo***

#### **EXP. N.º 410-2002-AA/TC, del 15 de octubre de 2002 F.J. 5**

«A juicio del Tribunal, no existe estación probatoria en el amparo porque en él no se declaran ni constituyen a favor de ninguna de las partes derechos constitucionales, lo que sí sucede en otra clase de procesos ordinarios, para cuyo caso, precisamente, se ha previsto la estación probatoria. El amparo, y con él todos los procesos constitucionales de la libertad, como expresa el artículo 1º de la Ley N.º 23506, sólo tiene por finalidad restablecer el ejercicio de un derecho constitucional, esto es, tiene una finalidad eminentemente restitutoria. Lo que significa que, teniendo el recurrente la calidad de titular del derecho constitucional, el amparo se dirige básicamente a analizar si el acto reclamado es o no lesivo de aquel atributo subjetivo reconocido por la Norma Suprema del Estado. [...]

De ahí que en la jurisprudencia de este Tribunal se haya sostenido que para que esa tarea pueda llevarse a cabo es preciso que el acto

cuestionado sea manifiestamente arbitrario. Pero la arbitrariedad o no del acto no es un asunto que, por lo general, pueda determinarse en una estación de pruebas, sino, esencialmente, un problema que se atiende a su valoración judicial de cara al contenido constitucionalmente protegido del derecho».

### **Motivación de las resoluciones judiciales**

#### ***EXP. N° 0896-2009-PHC/TC, F.J. 7, del 24 de mayo de 2010***

«El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales»

### **Debida motivación y comprensión del caso**

#### ***Exp. N° 1744-2005-PA/TC del 11 de mayo de 2005. Voto singular, funciones de la motivación procesal. F.J. 7***

«Es fácil comprender que el derecho a la debida motivación de las decisiones judicial , que desde luego, y tal como viene configurado legalmente, no solo se limita a las decisiones de fondo, sino a todas las resoluciones judiciales, con la única excepción de los decretos de mero trámite, no se refiere solo a los fundamentos jurídicos o a las interpretaciones de las normas que sustentan una determinada decisión (premisa normativa), sino también a la forma en que un Juez o Tribunal ha asumido el conocimiento de los hechos sometidos a sus potestades jurisdiccionales (premisa fáctica). Sin una exhaustiva comprensión de los hechos de un caso, es improbable que cualquier motivación jurídica sea suficiente o satisfactoria como respuesta al justiciable».

## ***Recurso de agravio constitucional***

### **EXP. N° 2877-2005-PHC/TC del 27 de enero de 2006, F.J. 2-5**

«[...] se requiere de una tutela jurisdiccional de urgencia, la cual se expresa mediante procesos más breves y eficaces. De tal forma de salvaguardia se pueden señalar dos manifestaciones: la tutela de urgencia cautelar, dentro de un proceso principal, y que está destinada a impedir que el transcurso del tiempo convierta en imposible la realización del mandato de la sentencia; y la tutela de urgencia satisfactiva, que comporta el uso de remedios procedimentales breves, bajo el supuesto de la amenaza de un derecho cuya supervivencia depende de la rapidez con que se brinde la protección jurisdiccional. [...]

La perturbación de un derecho fundamental o de una norma constitucional, a través de su amenaza o directa lesividad, altera el ordenamiento jurídico constitucional; para que vuelva a funcionar de modo armónico, es necesario reponer la situación a su estado anterior al de la vulneración o amenaza del orden constitucional. La reposición al correcto estado anterior puede lograrse a través del RAC. Allí radica su importancia».

## ***Del Tribunal Constitucional***

### **Exp. N.º 0002-2005-PI/TC del 18 de febrero de 2005. VI Ámbito de Actuación (del TC). N° 3**

«Este Colegiado para poder determinar la verdadera naturaleza de la descentralización en el país debe tomar en consideración el marco adecuado que le brinda la Constitución para su actuación, dejando claro que su mandato es de un control político y jurídico. En tal sentido,

“a diferencia de los otros ámbitos jurídicos-técnicos, el objeto del derecho constitucional estriba en proceso vital del Estado como un todo. Este proceso, en cuanto duradera renovación y progreso de la voluntad comunitaria estatal como unidad vital y real, es regulado por la Constitución” (LUCAS VERDÚ, 1985).

Para poder entender el verdadero significado de la Constitución es necesario partir de su concepción como norma fundadora de todo el Sistema Jurídico y su cometido como guía primordial del Ordenamiento (en un sentido básicamente político). De ello se desprende que la construcción constitucional proclama una dualidad jurídico-política de la norma suprema, a guisa de advertir cómo la realidad de un país condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante de sociedad y ley, que es importante descubrir y manejar con acierto de modo permanente; mientras la realidad se encuentra en constante evolución, la normatividad envejece con el paso del tiempo. Este binomio de acción plantea que la Constitución aparte de tener un ámbito normativo, posea uno meramente político. En tal sentido, también es una guía para este Tribunal, como parte del Estado, una búsqueda constante, a través de sus resoluciones, de

“promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación” (Art. 44 Const.)».

## CUARTA PARTE – ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE

### I. DEMANDA Y PETITORIO

La importancia de los derechos fundamentales, la eficacia que merece su protección, que empieza por el acceso a la justicia, exigen necesariamente, además de ser comprendidos dentro de los derechos protegidos (art. 37° CPConst.), suficientes requisitos para su admisibilidad (art. 42° CPConst.), adecuando, incluso, la exigencia de las formalidades previstas en el CPConst, al logro de los fines de los procesos constitucionales (art. III CPConst.).

La parte demandante alega la vulneración de su derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso en el Arbitraje N° 967-107-2004 del que forma parte como demandada, perjuicio que deduce de las respuestas irregulares y evasiones a sus pedidos de nulidad de designación de árbitros y suspensión del Arbitraje: tal es el caso de una adecuación parcializada de fecha del laudo arbitral; por hallarse inmerso en ellos como vocal del Tribunal Superior de Arbitraje, quien fungía como abogado (asesor en otros procesos) de la parte demandante en el Arbitraje, cuya influencia habría producido, además, la designación de un árbitro, que a su vez, pertenecía a un Estudio Jurídico del cual también era socio otro miembro del Consejo Superior de Arbitraje mencionado; faltando así, además de a las normas arbitrales, a los reglamentos del Centro de Arbitraje que albergaba el pleito. Esto es reconocido por dicho Centro de Arbitraje en su Resolución N° 001-2006/CSA-CCANI-CCL de fecha 4 de enero de 2006.

Debido a que no existe etapa procesal en el proceso de amparo, se han considerado suficiente el mérito de las pruebas que dan a ver la irregularidad en el arbitraje: 1) el pedido de remoción de vocal, 2) Resolución N° 0029-2006/CSA-CCANI-CCI que declara “no ha lugar” el pedido de nulidad de designación de árbitro, 3) Resolución N° 001-2006/CSA-CCANI-CCL, que notifica sobre la renuncia del vocal

observado, del Tribunal Superior de Arbitraje, reconociendo a su vez, haberse incurrido en faltas al estatuto del centro de arbitraje.

Los actos que se sucedieron en el arbitraje resultaron desfavorables a la recurrente, hecho no discutido ni planteado en la demanda por no corresponder a la jurisdicción constitucional conocer el objeto del fuero independiente del arbitraje.

Se pretende, por tanto, se haga efectiva la garantía del debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa, de ser juzgado por un juez imparcial, en jurisdicción predeterminada, bilateralidad de la Audiencia y la igualdad de las partes en el proceso.

Queda establecida la existencia la titularidad del derecho constitucional y el acto que lo lesiona.

## **II. AUTO QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA DEMANDA**

Este auto de primera instancia contiene un vicio de incongruencia en la motivación porque desvía el debate procesal al calificar una pretensión no planteada en la demanda: la revisión de lo actuado en el arbitraje, en el sentido de su contenido o que fuera el objeto de su procesamiento, tal y como la recurrente argumenta en su apelación.

El Juez Civil debió advertir el alcance de lo que significa una “revisión” de los medios que generen convicción —como los documentos presentados en la demanda— al expresar que: «no cabe revisar en esta sede revisar y pronunciarse sobre los medios probatorios actuados en el Tribunal Arbitral», siendo que fue una “revisión” de la documentación (arbitral) que sustenta la demanda, la que motivó en él su propia resolución. Ya que no hay etapa probatoria en el proceso de amparo, esto no es oportunidad para el sesgo o arbitrariedad, ni obstáculo para el examen necesario de las pruebas que acrediten mínima y suficientemente la lesión al derecho constitucional.

### III. AUTO QUE REVOCA LA IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

La sala civil pondera en ese sentido y devuelve la causa al juez para una nueva calificación, pues considera se está impidiendo a la demandante el tránsito necesario a la protección de sus derechos, por «habérsele denegado el acceso a la jurisdicción y a un pronunciamiento fundado en Derecho, en evidente inaplicación del principio de Tutela Jurisdiccional efectiva». Sin embargo, el error en la motivación se volverá a mostrar en esta instancia —como veremos más adelante— hasta la resolución de confirmación de la improcedencia de la demanda, pues, de la exposición de los fundamentos se advierte la desviación que hace el *a quo*, de la pretensión objeto de la demanda interpuesta, la misma que, conformará el contenido de las principales intervenciones, tanto del órgano judicial como la de la parte demandada y el litisconsorte.

Aún más, existe una discordancia entre el fundamento de la Sala Superior por el que se revoca el auto de improcedencia emitido por el juez de primera instancia y el que motivó a este su emisión, pues, por el auto de improcedencia del Juez Civil (con motivación incongruente), se declara la falta de mérito de los elementos expuestos en la demanda para su amparo por no estar referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, que para el Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237 (derogado), habría devenido en liminarmente improcedente (art. 5° y 47°); y no (como expresa la Sala Civil) por que el Juzgador haya «calificado la demanda emitiendo prematuramente juicios de valor sobre aspectos que corresponden ser analizados y abordados en estadio distinto (decisorio)».

Actualmente el nuevo Código Procesal Constitucional - Ley N° 31307 del 21 de mayo de 2021 en su art. 6° prohíbe el rechazo liminar de la demanda, de conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales.

#### IV. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, la parte demandada contesta, no el extremo primordial de la demanda que refiere a la lesión al derecho fundamental al debido proceso, específicamente: al juez imparcial, jurisdicción predeterminada, bilateralidad de la Audiencia y la igualdad de las partes en el proceso, apreciado desde la óptica de la teoría de la apariencia —tomada en cuenta en el presente caso—; sino que, en cuanto a procedimientos específicos atinentes al proceso arbitral: los árbitros y el arbitraje como la vía idónea de aclaración de actuaciones, de apelación del laudo, sobre la base del principio de *kompetenz-kompetenz*; alegatos que, finalmente, no satisfacen como contradicción a los de la demanda ni del contenido del objeto de la pretensión.

Tampoco le es posible probar, ni argumentar (suficientemente, frente a la teoría de la apariencia) que en la designación del árbitro Jorge Vega Velasco no haya habido injerencia determinante, de los vocales del Consejo Superior de Arbitraje: Alonso Rey —que fungía como abogado asesor de la parte contraria a la recurrente— y Hugo Sologuren —miembro, junto al mencionado árbitro designado, del mismo estudio jurídico—, de modo que se erradique toda duda sobre la imparcialidad de los actos en el arbitraje. Irregularidad en la que, el Consejo Superior de Arbitraje, reconoce haberse incurrido y lo expresa en su Resolución N° 01-2006/CSA-CCANI-CCL.

#### V. SENTENCIA

La sentencia en primera instancia persiste en el error de motivación aludido, porque, de entre los alegatos mencionados anteriormente, se expresa sobre la obligación de la parte recurrente, de tener que objetar previamente el laudo dentro del proceso arbitral, y que no corresponde hacerlo en el proceso de amparo. Este error en la calificación resulta en indefensión de la demandante y en una eventual lesión a su derecho que pudiera convertirse en irreparable, a la vez que desconoce la particularidad del proceso de amparo y su finalidad.

## **VI. APELACIÓN DE LA SENTENCIA Y EXPRESIÓN DE AGRAVIOS**

La parte demandante reitera los argumentos de hecho y de Derecho acerca de los principios procesales vulnerados que ameritan se ampare su pretensión, con lo que contradice lo argüido en la sentencia acerca de la necesidad de haber agotado la vía arbitral, pues resultaba fútil a la consideración del centro de arbitraje (y así se reconoce en la sentencia apelada: que «el Tribunal Arbitral incluso ha emitido pronunciamiento denegando el pedido formulado por la parte demandante sobre los hechos que invoca»), y la taxatividad de las causales ordenadas por la norma arbitral para la nulidad del laudo resultaba infranqueable.

La demandante omite alegar la naturaleza, finalidad y particularidad del proceso de amparo como salvaguarda de los derechos fundamentales, y que no cabe, por tanto, relegarlo a proceso subsidiario (por hallarse otro de similar efectividad) o de definitividad (por ser el último recurso de algún proceso previo).

## **VII. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala arguye que, debido a que una solicitud específica en la demanda es la nulidad de laudo, se debió, en primer lugar, solicitarla en el proceso arbitral. Esto, al parecer —pues no está explícito— en la asunción de la Sala, de que la pretensión de la demandante de nulidad de dicho laudo se motiva en aspectos de su contenido, y no en la irregularidad de su emisión mediante una transgresión al debido proceso; catalogando así, al proceso de amparo —en divergencia a la apreciación del Tribunal Constitucional al respecto—, como uno de subsidiariedad o de definitividad.

Sobre este error en la calificación, producido por el cometido en la apreciación del petitorio como en el que se hace acerca del proceso constitucional de amparo y su particularidad en la defensa de los derechos fundamentales —como se ha manifestado en sentencias del Tribunal Constitucional y la doctrina—, consistirá parte del recurso de agravio constitucional formulado por la demandante.

## VIII. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sentencia con voto mayoritario, reitera el requerimiento fundamental para la democracia y el orden constitucional, de la independencia y autonomía jurisdiccional — que incluye a la jurisdicción arbitral, pues el derecho al debido proceso «sobrepasa el ámbito judicial y se proyecta sobre todo órgano público o privado que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales»—, como garantía orgánica y funcional que ha de ser satisfecha subjetiva y objetivamente. «Garantías para desterrar cualquier duda razonable».

Es garantía que debe prestar el Centro de Arbitraje: la claridad en su actuación, la oportunidad, la apertura al debate y contradicción, la igualdad de las partes, elementos que describen los principios de un proceso, ineludible de todo aquel que pretende la consolidación de sus decisiones en la apariencia y voluntad de las partes involucradas.

## IX. VOTO DISCORDANTE DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con voto discordante, el Magistrado Álvarez Miranda alega sobre la singularidad del proceso de arbitraje como fuero jurisdiccional “sui generis” y que «obedece a una lógica propia». No obstante dicha singularidad con sus fines y procedimientos, constitucional (art. 139 inc. 1 Const.) y legalmente establecidos, su vigencia se circunscribe a jerarquías y principios como los que establecen el “debido proceso”.

También refiere que, no procede la demanda de amparo en este caso, por la por la relación que hubo anteriormente entre la recurrente y el controversial vocal Alonso Rey, y porque no se dedujo la revocación del árbitro designado por el centro de arbitraje.

Puede objetarse que: no repara este argumento, en que el proceso de amparo puede interponerse hasta 60 días hábiles de producida la afectación (art. 43° CPCConst. – Ley N° 28237), la cual se dedujo más bien luego de la actividad infructuosa por dar a conocer las irregularidades en el proceso arbitral y solicitar su corrección. Así, considero que se efectuó

la lesión al derecho al debido proceso en su dimensión objetiva y subjetiva respectivamente, cuando se sucedieron tanto desde la relación irregular entre vocales del Consejo Superior de Arbitraje y las partes procesales a la vez que con uno de los árbitros, hasta cuando se desatendió la solicitud efectuada por la recurrente respecto de dichos hechos. Por este óbice en sede arbitral, el proceso de amparo quedaría habilitado en tanto vía idónea y eficaz para la salvaguardia del derecho fundamental transgredido.

#### **X. VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI**

La consideración —esgrimida en este voto— de la ausencia de urgencia, se desdice de la preferente asunción de la causa por el carácter de elasticidad y el principio *favor processum* y *pro actione*, además de la garantía de imparcialidad y autonomía necesaria desde la perspectiva de la teoría de la apariencia.

#### **XI. VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Este voto adolece de lo mismo que objeta: las —así lo considera el magistrado mencionado— especulaciones en que se basa la motivación de la Sentencia mayoritaria para declarar fundada la demanda de amparo, pues considera que la motivación de la recurrente, es la anulación del laudo que le fue desfavorable.

## QUINTA PARTE - CONCLUSIONES

### Finalidad del derecho fundamental protegido

- La finalidad del derecho a la tutela jurisdiccional y al debido proceso, en un Estado constitucional y democrático de Derecho, junto al respeto y dignidad personales frente al requerimiento de justicia y el acceso a la tutela ante órgano que la administra, es la paz y justicia social.
- Los derechos fundamentales pueden ser extensivos a las personas jurídicas —según su correspondiente naturaleza— a razón de estar, estas, conformadas por personas naturales al logro de cuotas mayores de desarrollo individual a cuyo propósito se integran colectivamente.
- La lesión a un derecho fundamental se realiza en su múltiple dimensión; así, al significar el menoscabo en el disfrute de un derecho subjetivo, y de su garantía de efectividad, se transgrede la consistencia del sistema democrático constitucional.
- En el proceso bajo análisis, los vicios en la motivación han trascendido los que conforman las resoluciones, hasta las que confrontan las resoluciones emitidas por las instancias entre sí a fin de corregir la de la instancia inferior, conformándose así, no sólo un error en el discurso de cada resolución o motivación, sino en el que informa el proceso en su aspiración a la cientificidad.
- A la función de la administración pública de justicia como a la jurisdicción arbitral, el requerimiento de imparcialidad les es insoslayable; en la primera, la selección de magistrados transcurre por procesos objetivos de selección, además de existir la posibilidad de recusación de jueces y su inhibición ante algún indicio de parcialidad que comprometiera la objetividad de su juicio y de un debido proceso en general; en el caso arbitral, aun la selección de los árbitros dependa de la voluntad de las partes, aquellos tienen el deber de revelar circunstancia que pueda significar la descalificación de sus actos una vez iniciado el proceso.

- El proceso de amparo es de carácter alternativo (y no subsidiario o de definitividad), queda a discreción de la parte demandante interponerlo, y a la de los jueces —según los criterios que describimos en el marco teórico precedente— calificarlo.
- El devenir del proceso de amparo está supeditado de manera importante al criterio de los jueces constitucionales, quienes operarán en línea a la finalidad del proceso de amparo, las normas constitucionales, las normas internacionales y tratados suscritos por el Perú en atención a los principios que configuran este proceso, como el de: gratuidad en la actuación del demandante, impulso de oficio, el principio *iura novit curiae*, el principio *pro actione* o *favor procesum*, concentración, economía, intermediación y socialización procesales, que dan a entender que la urgencia de la defensa de los derechos constitucionales debería configurar la medida de la exigencia de alguna formalidad procesal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abad Yupanqui, S. B. (2008). *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica.
- Alonso, J. M. (2006). Independencia de los árbitros. *Revista Peruana de Arbitraje*. (2), 97-106.  
[http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA\\_PERUANA\\_DE\\_ARBITRAJE\\_RPA\\_2\\_2006.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_2_2006.pdf)
- Alvarado Velloso, A. (2008). La imparcialidad judicial. En E. Ferrer MacGregor (ed.). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional, estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (pp. 143-158). Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2554/12.pdf>
- Atienza, M. (2003). Argumentación jurídica y Estado constitucional. *Anales de jurisprudencia*. (261), 353-369. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anales-jurisprudencia/article/view/1907/1796>
- Carbonell O'brien, E. (2016). *Derecho arbitral, con énfasis en la Ley de Arbitraje peruana: Decreto Legislativo N° 1071 (2008), Decreto Legislativo N° 231 (2015)*. Jurista Editores.
- Carlos Gonzalez, A. (1994). Proceso y conflicto en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú. *Ius et Praxis*. (24), 108-120.
- Castillo Córdova, L. (2008). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Grijley.
- Castillo Córdova, L. (2006). El Recurso de agravio constitucional. *Actualidad Jurídica*. (154), 139-147.  
<https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1951>
- Eguiguren Praeli, F. J. (2005). La Finalidad Restitutoria del Proceso Constitucional de Amparo y los Alcances de sus sentencias. *Derecho & Sociedad*, (25), 144-149.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1364>

- Ferrero, R. (1998). *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Grijley.
- Fix Zamudio, H. (1964). Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (56), 959-1011. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/26127>
- Guerra Cerrón, J. M. (2010). El derecho a la garantía de independencia e imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. La múltiple dimensión de la independencia judicial. En J. M. Sosa Sacio (Ed). *El debido proceso, estudios sobre derechos y garantías procesales* (35-53). Gaceta Jurídica.
- Lohman Luca De Tena, G. (2005). Interferencia judicial en los arbitrajes. *Revista Peruana de Arbitraje*, (1), 265-280. [http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA\\_PERUANA\\_DE\\_ARBITRAJE\\_RPA\\_1\\_2005.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_1_2005.pdf)
- Meza Fonseca, E. (2017). La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo. En E. Ferrer Mc-Gregor, & A. Herrera García (Eds.). *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917, pasado, presente y futuro* (pp. 431-443) – UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/28.pdf>
- Monroy Gálvez, J. (2009). *Teoría general del proceso*. Communitas.
- Ovalle Favela, J. (1996). *Garantías constitucionales del Proceso*. McGraw-Hill.
- Pizzolo, C. (2001). Las fórmulas sobre amparo en el derecho constitucional latinoamericano. Primer avance sobre su estudio y análisis comparativo. *Díkaion*, (10), 115-143. <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/issue/view/29>
- Rolla, G. (2002). *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*. UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/209/4.pdf>
- Ruiz Molleda, J. C. Estado Constitucional de Derecho, democracia y descentralización. En: PROGRAMA CAPACIDES (Coord). Diálogo Regional: “Estado de Derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos” 30-31 de marzo de 2009 Lima, Perú –

Documentos Temáticos [en línea]. Lima: Inwent, 2009. pp. 03-35 [consulta: 26 marzo 2018]. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3\\_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/%24FILE/estado\\_derecho\\_ponencias\\_LIMA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con3_uibd.nsf/41D8C999437DFFFF0525786A007A97A1/%24FILE/estado_derecho_ponencias_LIMA.pdf)

Santistevan De Noriega, J. (2006). Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal constitucional del Perú. *Revista Peruana de Arbitraje*, (2), 15-66. [http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA\\_PERUANA\\_DE\\_ARBITRAJE\\_RPA\\_2\\_2006.pdf](http://www.peruarbitraje.org/pdf/revista/REVISTA_PERUANA_DE_ARBITRAJE_RPA_2_2006.pdf)

Ticona Postigo, V. (1999). *El debido proceso y la demanda civil*. Editorial Rhodas.

Velásquez Ramírez, R. (2008). *Derecho Procesal Constitucional*. Ediciones Jurídicas.

## Legislación

Asamblea Constituyente. (1979). *Constitución Política del Perú de 1979*.

Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993*.

Congreso de la República. (1995). *Ley N° 26520 de 1995. Por la que se promulga la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo*.

Congreso de la República. (1995). *Ley N° 26572 de 1996. Por la que se promulga la Ley General de Arbitraje*.

Congreso de la República. (2004). *Ley N° 28237 de 2004. Por la que se promulga el Código Procesal Constitucional*.

Congreso de la República. (2006). *Ley N° 28946 de 2006. Por la que se modifica el Código Procesal Constitucional*.

Congreso de la República. (2008). *Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el arbitraje*.

Congreso de la República. (2021). *Ley N° 31307 de 2021. Por la que se promulga el Nuevo Código Procesal Constitucional*.

Corte Suprema. (2007). *Resolución Administrativa N° 252-2007-P-PJ de 30 de octubre de 2007. Por la cual se establece criterios para la*

*determinación de la vía igualmente satisfactoria en el proceso de amparo.*

Presidencia de la República. (1984). *Decreto Legislativo N° 295 de 1984. Por el que se promulga el Código Procesal Civil.*

Presidencia de la República. (2008). *Decreto Legislativo N° 1071 de 2008. Por el que se norma el arbitraje.*

Presidencia de la República. (2015). *Decreto Legislativo N° 1231 de 2015. Por el que se modifica e incorpora normas y disposiciones al Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.*