

La derrota del principio de pluralidad de instancias en el arbitraje

Defeat of the principle of multiple instances in arbitration

PALACIOS BRAN, Roberto¹; MOLLAN, Wilde²

RESUMEN

Si en un proceso arbitral las partes no configuran o acuerdan, antes o durante el desarrollo del proceso arbitral, sobre la permisión de acudir ante una segunda instancia a través de apelación contra el laudo, lo hacen en virtud del principio de determinación. Que las partes no entren en discusión para un posible acuerdo no significa rechazar el principio sino más bien están valiéndose de él. Pero un desacuerdo rechazaría totalmente la aplicación del principio de determinación. Entonces, con esto se restringe cualquier posibilidad de recurrir a un medio impugnatorio. No habiendo acuerdo entonces el principio es *derrotado* por el artículo 62 del DL 1071. Luego, el principio de pluralidad de instancias es *derrotado* al mismo tiempo por el mismo artículo.

Palabras clave: Principios, reglas, derrotabilidad, conflicto en abstracto, conflicto en concreto.

ABSTRACT

If an arbitration the parties agree or not configured, before or during the course of the arbitral process, enabling it to go to a second instance through appeal against the award, they do so under the principle of determination. The parties do not enter into discussion for a possible agreement not to reject the principle but rather are using it. But a disagreement totally reject the principle of determination. So, with that any recourse to a means of challenge is restricted. There being no agreement then the principle is defeated by Article 62 of Legislative Decree 1071. Then the principle of plurality of instances is defeated at the same time for the same item.

Key words: Principles, rules, defeasibility, conflict in the abstract, conflict in the case.

¹ Magíster en Derecho Civil Empresarial, Universidad César Vallejo. rpalaciosb@ucv.edu.pe
² Ciencix. wmollan@gmail.com

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

implícitas (Hart).

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

Para Dworkin una regla puede tener excepciones, pero un enunciado preciso de ella tendría en cuenta la excepción y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto y en teoría para él no hay razón por la que no se puedan agregar todas, y cuantas más haya, más preciso será el enunciado de la regla. Los principios, en cambio, no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Los casos en los que el principio no se aplica no son para Dworkin en verdad excepciones "porque no podemos esperar que esos ejemplos en contrario queden incluidos en un enunciado más extenso del principio".

Ni siquiera en teoría están sujetos a enumeración,

pues habría que incluir no sólo aquellos casos ya previstos por instituciones existentes, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido. Su enumeración podría "agudizar nuestra percepción del peso del principio, pero no proporcionaría un enunciado más completo ni exacto del mismo" (Rodríguez, 1997).

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

La diferencia entre la regla y el principio radicaría en que el conjunto de excepciones en la primera está cerrado, mientras que el conjunto de excepciones en la segunda se halla abierto a nuevas excepciones si concurre nueva información, nuevas normas, nuevas creencias que permitan alterar las prioridades entre normas (Hage y Peczenik) (García, 2003). Este fenómeno se ha hecho referencia de modos diversos por diversos autores, así es conocida la metáfora según la cual los principios presentan una "dimensión de peso o importancia (Dworkin), pero también se ha dicho, por ejemplo, que en caso de conflicto entre los diversos principios rige una 'jerarquía móvil' (Guastini) que puede alterar la prioridad que confiera primacía a un principio y también que la revisión del principio a la luz de las nuevas excepciones es a su vez revisable, esto es, los principios no son susceptibles de "revisiones estables" (Celano) (García, 2003).

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

1. El condicional derrotable

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

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

efectuar inferencias respecto de ningún caso particular (Rodríguez, 1997).

La no satisfacción del refuerzo del antecedente lo explica von Wright (1996) (Navarro, 2000).

Si *p por sí misma* implica *q*, entonces la conjunción del antecedente ("p") con *cualquier* proposición diferente de él también implica *q*. La operación de pasar de "si *p* entonces *q*" a "si $p \wedge r$ entonces *q*" es denominada la operación del refuerzo del antecedente. Si *p por sí misma no* implica *q*, el condicional que dice que si *p* entonces *q* se denomina *derrotable*. Un condicional derrotable no permite (de manera irrestricta) la operación del refuerzo del antecedente.

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

2. Excepción a la regla en virtud de un principio

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

$$N_1: p \rightarrow Oq \quad (1)$$

$$N_2: p \square P-q \quad (2)$$

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

3. Los conflictos normativos

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

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

(Guastini, 2007).

3.1. Conflictos en abstracto

Según Guastini (2007) un conflicto «en abstracto» se produce, cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hechos -o si se quiere, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias- que se sobreponen (en todo o en parte) desde el punto de vista conceptual.

Un conflicto de este tipo puede ser identificado por vía de interpretación textual "en abstracto", es decir, haciendo abstracción de cualesquier supuesto de hecho concreto, sobre cualquier controversia particular. Por ejemplo, una primera norma prohíbe el aborto; una segunda norma, consiente el aborto terapéutico. De ello se sigue que el aborto terapéutico está prohibido, en cuanto aborto de la primera norma; pero está permitido desde la segunda. Pues bien, el conflicto entre estas dos normas puede ser identificado "en abstracto" --esto es sin referencia a algún supuesto de hecho concreto-- desde el momento en que la clase de los abortos terapéuticos están conceptualmente incluidos en la clase de los abortos sin ninguna especificación.

3.2. Conflictos en concreto

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

Por ejemplo: una primera norma establece "los ciudadanos deben pagar los impuestos"; una segunda norma establece, a su vez, «ningún impuesto es debido por los desocupados».

Pues bien, las dos clases de supuestos, "ciudadanos" y "desocupados", son del todo independientes desde el punto de vista conceptual: la existencia como también la inexistencia de ciudadanos desocupados es absolutamente contingente.

La clase de los ciudadanos desocupados podría muy bien ser inútil: podemos imaginar una situación de pleno empleo, como también una situación en la que sólo los extranjeros inmigrantes están desocupados. En este sentido, el conflicto entre la dos normas no es "necesario": ningún conflicto se presenta hasta que se trata de decidir el caso de un ciudadano ocupado o de un extranjero desocupado. El conflicto no nace sino hasta cuando se trata de decidir el caso de un ciudadano desocupado, ya que un sujeto tal pertenece, al mismo tiempo, a la clase de los "ciudadanos" y a la

clase de los "desocupados".

Otro ejemplo: una norma establece que el automóvil se debe detener frente al semáforo rojo; otra norma prohíbe detener el automóvil frente a las instalaciones militares. Los dos supuestos (semáforo rojo e instalación militar) no guardan ninguna relación conceptual, y por tanto no entran en conflicto "en abstracto". No obstante, el conflicto nace si alguien de facto sitúa un semáforo en los alrededores de una instalación militar.

Los conflictos "en abstracto" dependen por tanto de la estructura conceptual del lenguaje legislativo; los conflictos "en concreto" dependen, en cambio, de aquello que ocurre en el mundo.

4. El conflicto entre principios

Para hablar de este tipo de conflictos nos remitiremos al trabajo de Guastini (2007) el que nos expresa claramente los conflictos entre principios constitucionales que, -también a causa de la pluralidad de valores incorporados en todas las constituciones contemporáneas- son muy frecuentes. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones: el conflicto entre la libertad de expresión y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, etc). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos fundamentales de los usuarios de dichos servicios. En verdad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar uno u otro principio constitucional, se convierte en una limitación de algún derecho constitucional de los ciudadanos mismos y, por tanto, entra en conflicto con algún (otro) principio constitucional.

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

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

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

Todo ello tiene importantes consecuencias.

Los conflictos entre principios constitucionales, no pueden ser resueltos por medio de los criterios estándar de solución de conflictos. No se puede utilizar el criterio *lex posterior*, porque los dos principios son coetáneos. No se puede emplear el

criterio *lex superior*, porque los dos principios tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio *lex specialis*, porque, las dos clases de hechos regulados por los dos principios se entrecruzan.

RESULTADOS

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

PRIMERO: El análisis inicial se centró en el *no* conflicto "en abstracto" del principio de pluralidad de instancias. El contenido normativo de los principios establecerían lo siguiente:

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

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

Esquematiéndolos tenemos:

$$N_3: p \square Pq \quad (3)$$

$$N_4: r \square P \neg q \quad (4)$$

En donde p denota a la resolución que pone fin a la instancia, y Pq la permisión de impugnarla ante la segunda instancia, que son los supuestos contenidos en N_3 ; r denota el supuesto de hecho contextual de un proceso arbitral y $P \neg q$ la permisión de renunciar a la segunda instancia, como lo encontramos señalado en N_4 .

El conflicto existente entre el principio de la pluralidad de instancia y el principio de la determinación libre y voluntaria de las partes en el proceso arbitral, no se expresa de forma manifiesta y podríamos decir, aparentemente, en este sentido que no existe un conflicto entre ambas. Pero un análisis más exhaustivo nos lleva a vincular a estas normas y relacionar entre los supuestos de hecho generales que regulan. Por un lado, la primera, es clara -aunque indeterminada- en establecer la posibilidad de las partes de recurrir voluntariamente en apelación a una segunda instancia ante la presencia de disconformidad frente al laudo; por otro lado, la segunda, establece que puede o está permitido configurarse en el proceso arbitral la presencia de una segunda instancia a través de apelación. Notamos que no existe si no una relación entre las consecuencias lógico jurídicas en recurrir en apelación a una

segunda instancia, pero hay una diferencia conceptual entre los supuestos de cada norma. En una se tiene como supuesto la existencia de un laudo -o más generalmente, una decisión que pone fin a la instancia--, en la otra se tiene un supuesto anterior a la existencia de un laudo que permite pactar el acceso a una segunda instancia en apelación. Aquí no tenemos ningún conflicto "en abstracto" porque no existe ninguna contradicción entre sus consecuencias, ni tampoco existe una relación total entre los conceptos de sus supuestos, pero hablaríamos de la existencia de una compatibilidad "en abstracto" y no un conflicto, dado que, si existe una configuración previa de las partes en acuerdo de acceder a una segunda instancia por apelación, correspondería exactamente a lo establecido por el principio de pluralidad de instancias. En abstracto, no hay conflicto alguno entre estos principios.

SEGUNDO: En segundo lugar, nos centramos en el análisis del conflicto "en concreto" del principio de la pluralidad de instancias. Donde los principios están en relación con las reglas siguientes:

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

N_6 : Si hay un laudo, entonces está prohibido impugnar ante una segunda instancia que se pronuncie sobre el fondo. (Art. 62 DL 1071).

Esquematiéndolos tenemos:

$$N_5: s \wedge \neg(o \wedge b \wedge n) \rightarrow P \neg i. \quad (5)$$

$$N_6: t \rightarrow \text{Phi} \quad (6)$$

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

Si tenemos que el principio de pluralidad de instancias no encuentra conflicto alguno con el principio de determinación voluntaria de las partes en el proceso, lo es también por la relación que existe entre el principio y la regla establecida en el artículo 361 del Código Procesal Civil, que nos

llevaría a afirmar que este artículo es el correlato positivo, una configuración legal de nuestro segundo principio, que permite solucionar la

controversia a las partes como mejor crean conveniente, incluso renunciando voluntariamente a la posibilidad de recurrir a una segunda instancia.

DISCUSIÓN

Nuestro resultado segundo es obtenido en consideración a que el dispositivo legal vinculado con el principio de determinación de las partes del proceso arbitral, nos traslada a la idea de un «proceso normal», en un mundo ideal del proceso de completa observación de las reglas, en el que se preestablece o presupone que cualquier renuncia basada en una norma jurídica, que a la vez es permitida por un principio, se lo hace en un contexto de salvaguarda y garantía de todos los derechos fundamentales que componen el sistema jurídico. Dado que, si no existiera este contexto de garantía, la renuncia sería impracticable, pues se renunciaría a recurrir a una segunda instancia que imposibilita garantizar otros derechos fundamentales -léase, debido proceso-. El artículo 361 reconoce esta salvedad y admite el contexto al condicionar la admisión de la renuncia a que siempre la pretensión discutida sea renunciante y no afecte el orden público, las buenas costumbres o norma imperativa. Haciendo una interpretación mucho más extensiva de este norma legal que compatibiliza con el proceso arbitral y su principio de libre determinación de las partes en dicho proceso, la renuncia a recurrir a una segunda instancia quedaría sin efecto después de su admisión cuando exista una afectación posterior al orden público, las buenas costumbres o norma imperativa. Como se demuestra en esta investigación, la renuncia quedaría sin efecto si se vulnera un principio del debido proceso, y adquirirá nuevamente «peso» el principio de pluralidad de instancias. Lo que nos lleva a hablar nuevamente de un conflicto, ya no «en abstracto» sino más bien «en concreto». Si bien no existe como lo vimos en la conclusión anterior un conflicto «en abstracto» entre los dos principios, puede, y efectivamente existe, un conflicto «en concreto» si una vez compatibilizados los dos principios incluimos en nuestro sistema la presencia de una regla o norma jurídica que permita la renuncia al acceso a una segunda instancia a través de apelación.

Hemos supuesto que las partes en virtud del principio de poder determinar el acceso a una segunda instancia a través de una apelación corresponde «en abstracto» con el principio de la pluralidad de instancias, pero suponiendo que en nuestro sistema una vez incluido nuestra norma legal (Artículo 361) entonces podría dejarse de aplicar o dejar de lado el principio de pluralidad; el principio es *derrotado* por el otro principio en el caso en concreto. Pero bajo ningún supuesto nos atreveríamos a decir, debido a que existe un conflicto «en concreto» entre el principio que *derrota* y el principio *derrotado*, que también existe un conflicto «en abstracto», ya que el conflicto «en concreto» depende exclusivamente, una vez admitida la renuncia a impugnar, a la posibilidad de

concurrir causas no contempladas *ex ante* a su admisión, que imposibilitarían poder sostener dicha renuncia. Por lo que, sólo «en concreto» (a través de la renuncia), el principio de la libre determinación de las partes en el proceso que *derrota* se vería a la vez *derrotado* «en concreto» (por la concurrencia posterior de causas que invalidan la renuncia) por otros de principios distintos dejados de lado válidamente por los mismos sujetos intervinientes en el desarrollo de la litis, y tendríamos otra vez la posibilidad de aplicar el anteriormente *derrotado* principio de la pluralidad de instancias. Mayoritariamente quienes analizan la derrotabilidad del principio de la pluralidad de instancias lo hacen en un plano abstracto, en el que vinculan todas nuestras normas explicitadas, y no hallan ninguna contradicción entre ellas, por no encontrar una relación directa entre sus supuestos pero sí en la relación entre sus consecuencias; la regla del Decreto Legislativo niega la posibilidad de poner en juego al principio de la pluralidad ante una resolución que pone fin a la instancia, pero admiten a la vez que esta inaplicación o derrotabilidad sólo es aceptada en el sentido que somos capaces de introducir en el mismo juego otro principio propio del arbitraje que es el de libre determinación de las partes en el proceso, que encuentra sustento en el artículo del 361 Código Procesal Civil. Por esta razón, la naturaleza especial del arbitraje.

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

«[...] Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63»

No existe una prohibición legal de poder pactar que ante la disconformidad en algún extremo del laudo cualquier de las partes interesadas pueda interponer un recurso de apelación para hacer valer su derecho ante una segunda instancia. Por principio las partes pueden configurar la existencia de una o más instancias en el proceso arbitral al que se someten. El artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, no afectaría el principio de libre determinación de las partes en la configuración del

proceso arbitral en el que se involucrarán o en el que ya se encuentran constituidos como elementos subjetivos, y lejos de contradecir el mencionado principio las reglas contenidas en el Decreto Legislativo estaría estructurado en total conformidad con el mismo. Por lo tanto, un análisis "en abstracto", como vimos, nos lleva a relacionar el principio de determinación de las partes y al principio de pluralidad de instancias y encontrar relaciones conceptuales si bien no de manera total en los supuestos de cada norma, sí en sus consecuencias lógicas jurídicas. A la vez el artículo 361 del Código Procesal Civil, que es la configuración legal del principio de determinación, le sirve de fundamento y directriz al proceso arbitral, al poder las partes acordar la posibilidad de recurrir a una segunda instancia en apelación.

Y así, a simple vista concluiríamos que ninguna norma del proceso arbitral contradice al principio de pluralidad de instancias. Sin embargo, el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071 al ser una regla esta es *inderrotable, determinada, y concreta*, y las excepciones que pueda establecer las encontraríamos en su contenido normativo de manera taxativa o si identificamos por interpretación a través de las mismas normas pertenecientes a su sistema. A gran diferencia del artículo 361 del Código Procesal Civil es una regla *derrotable*, porque es la configuración legal del principio de determinación de las partes que no descuida en establecer las excepciones a una renuncia admitida *prima facie*, a saber, la vulneración al orden público, las buenas costumbres o norma imperativa, lo que la convierte en una norma *indeterminada* con espacios en blanco que pueden ser completados en verificación con las cosas o estado de cosas no identificables *ex ante*. Vemos pues, que existe una diferencia sustancial entre la regla del proceso arbitral y la regla del proceso civil. El que las partes en un proceso arbitral no configuren o acuerden, antes o durante el desarrollo del proceso arbitral, sobre la posibilidad de recurrir a una segunda instancia a través de una apelación contra el laudo, lo hacen en virtud de la aplicación del principio de determinación. El no acordar esto último no significa rechazar en el caso en concreto a este principio. Pero, al ser este un principio en el que se necesita de un acuerdo concurrente entre por lo menos dos de las partes, el no llegar a un acuerdo

rechazaría de forma inmediata en el proceso arbitral su aplicación, negando de esta manera la posibilidad de recurrir a un medio o mecanismo que vuelva a poner en juego o active al principio de pluralidad de instancias. No habiendo acuerdo basado en el principio de determinación, entonces el principio es *derrotado* por el artículo 62 del Decreto Legislativo 1071. Luego, el principio de pluralidad de instancias es *derrotado* también por el mismo artículo. No hay duda que así tengamos en cuenta cualquier principio como elemento del debido proceso, y las partes no lleguen a un acuerdo en la configuración de las instancias, éstos serán derrotados por la regla contenida en el artículo 62. Lo que nos hace concluir que existe un conflicto «en concreto» del principio de pluralidad de instancias con el artículo 62. De esta manera somos capaces de dar cuenta que el principio de la determinación de las partes que configura el proceso arbitral cumple una función de puente, una vez que es dejado de lado por desacuerdo, niega toda posibilidad de entrar en contexto al principio de pluralidad de instancias, de ser colocado en el orden jerárquico por encima de las reglas e impide otorgar un «peso» relevante para su aplicación. Sea cual fuere el principio que se pueda vulnerar dentro del proceso arbitral, la justificación de esta vulneración estará siempre en que el puente que pudo ser construido por las partes para llegar a los principios constitucionales a través de sus acuerdos se encuentra *derrumbado* -derrotado-, por su propia voluntad. Por tanto, la posibilidad de acudir ante un órgano de revisión del contenido irregular o atentador de derechos de alguna de las partes, se encuentra negado a través de la regla, y esta última nos remite en todo momento a los principios especiales del proceso arbitral de configuración legal, a pesar de que pueda evidenciarse en el caso en particular que debamos recurrir a los principios constitucionales derrotados -principios que informan que el procedimiento no puede ser cualquiera, sino que debe ser el debido; para ser el «debido» tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable para participar con utilidad en el proceso; esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente o conocimiento de la causa y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia, ser oído, motivación de las resoluciones, derecho a ser oído, entre otros- (Campos) (Ticona, 1999).

CONCLUSIÓN

1. Entre el principio de pluralidad de instancias y el principio de determinación de las partes, no existe conflicto "en abstracto" porque no existe ninguna contradicción entre sus consecuencias, ni relación total entre los conceptos jurídicos de sus supuestos. Podría afirmarse que hay una compatibilidad "en abstracto", dado que, si existe una configuración previa de las partes en acuerdo de acceder a una segunda instancia por apelación, correspondería exactamente a lo que establece el principio de pluralidad de instancias.
2. Las partes en virtud del principio de poder determinar el acceso a una segunda instancia a través de una apelación corresponde «en abstracto» con el principio de la pluralidad de instancias, pero suponiendo que en nuestro sistema una vez incluido nuestra norma legal (Artículo 361 del CPC) entonces podría dejarse de aplicar o dejar de lado el principio de pluralidad; el principio será *derrotado* por el otro principio en un caso en concreto. Pero no afirmamos que el conflicto se presente a la vez

“en abstracto”, ya que depende exclusivamente, una vez admitida la renuncia a impugnar, a la posibilidad de concurrir causas no contempladas *ex ante* a su admisión, que imposibilitarían poder sostener dicha renuncia. Por lo que, sólo “en concreto” (a través de la renuncia), el principio de la libre determinación de las partes en el proceso que *derrota* se vería a la vez *derrotado* “en concreto” (por la concurrencia posterior de causas que invalidan la renuncia) por otros principios distintos dejados de lado válidamente por los mismos sujetos intervinientes en el desarrollo de la litis, y tendríamos otra vez la posibilidad de aplicar el anteriormente *derrotado* principio de la pluralidad de instancias.

- No existe una prohibición legal de poder pactar que ante la disconformidad en algún extremo del laudo cualquier de las partes interesadas pueda interponer un recurso de apelación para hacer valer su derecho ante una segunda instancia. Por principio las partes pueden configurar la existencia de una o más instancias en el proceso arbitral al que se someten.

El artículo 62 del Decreto Legislativo 1071, no afectaría el principio de libre determinación de las partes en la configuración del proceso arbitral en el que se involucrarán o en el que ya se encuentran constituidos como elementos subjetivos, y lejos de contradecir el mencionado principio las reglas contenidas en el Decreto Legislativo estarían estructuradas en función a él.

- Existe una diferencia sustancial entre el artículo 62 del proceso arbitral y el artículo 361 del proceso civil. El artículo 62 al ser una regla esta es *inderrotable*, *determinada*, y *concreta*, las excepciones que pueda establecer se encuentran en su contenido normativo de manera taxativa o si identificamos por interpretación a través de las mismas normas pertenecientes a su sistema. El artículo 361 es una regla *derrotable*, porque es la configuración legal del principio de determinación de las partes que no descuida en establecer las excepciones a una renuncia admitida *prima facie*, a saber, la vulneración al orden público, las buenas costumbres o norma imperativa.

- Si en un proceso arbitral las partes no configuran o acuerdan, antes o durante el desarrollo del proceso arbitral, sobre la permisión de acudir ante un segunda instancia a través de apelación contra el laudo, lo hacen en virtud del principio de determinación. Que las partes no entren en discusión para un posible acuerdo no significa rechazar el principio sino más bien están valiéndose de él. Pero un desacuerdo rechazaría totalmente la aplicación del principio de determinación. Entonces, con esto se restringe cualquier posibilidad de recurrir a un medio impugnatorio. No habiendo acuerdo entonces el principio es *derrotado* por el artículo 62 del DL 1071. Luego, el principio de pluralidad de instancias es *derrotado* al mismo tiempo por el mismo artículo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2009) Para una teoría postpositivista del derecho. Palestra, Lima, pp. 229-235.
- Rodríguez, J. L. y Sucar. G. (1998) Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho. Doxa 21-II, pp. 403-420.
- J. Rodríguez, J. (1997) La derrotabilidad de las normas jurídicas. Isonomía 6, pp. 149-167.
- García Figueroa, A. (2003) La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho. D&Q 3, pp. 197-227.
- Navarro, P. y Rodríguez, J. (2000) Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. Isonomía 13, pp. 61-85.
- Guastini, R. (2007) Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. Palestra del Tribunal Constitucional, Revista mensual de Jurisprudencia, Lima, Año 2, N° 08, pp. 631-637.
- Ticona Postigo, V. (1999) El debido proceso y la demanda civil. 2 ed., Tomo I. Rodhas: Lima.

Recibido: 07 julio 2014 | Aceptado: 20 setiembre 2014