

Arbitraje y tutela de urgencia: el arbitraje de emergencia



OMAR SUMARIA BENAVENTE

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario.
Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo por la Universidad de Medellín.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El arbitraje de emergencia.
- III. Problemas teóricos y prácticos que se han presentado en el arbitraje de emergencia.
 1. El árbitro de emergencia es ¿realmente un árbitro?
 2. Las decisiones del árbitro de emergencia ¿son laudos?
 3. Los costos.
 4. Necesidad de equilibrar a las partes frente a la imposibilidad de pronunciarse sobre los méritos sustantivos de la disputa.
- IV. La "urgencia" como valor ideológico - jurídico en la actualidad.
- V. La connotación del "arbitraje de emergencia" como un "proceso urgente".
- VI. Los presupuestos para la determinación de la "urgencia" en la concesión de una tutela urgente.
 1. Interés tutelable cierto y manifiesto.
 2. Necesidad impostergable de tutela.
 3. Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.
- VII. Conclusiones.

AUTORES NACIONALES

ARBITRAJE

ADVOCATUS 132

RESUMEN:

En el presente artículo el autor analiza la institución del arbitraje de emergencia y su relación con el proceso urgente. En un inicio, desarrolla los presupuestos necesarios para que pueda configurarse un supuesto que amerite la presencia de un árbitro de emergencia. Posteriormente desarrolla, desde una óptica crítica, cómo en la actualidad se persigue una justicia más oportuna y eficiente, por lo que se privilegia a la "urgencia" como un valor ideológico jurídico a fin de no perjudicar los derechos de los justiciables cuando los mismos requieren de pronto resguardo.

Palabras clave: Arbitraje de emergencia, nuevos paradigmas, eficiencia y medidas cautelares.

ABSTRACT

In this article, the author deepens the study in relation to emergency arbitration and its relation to the emergency process. Initially, develops budgets for configuring a case of occurrence of emergency arbitrator. Subsequently develops from a critical perspective, how today more timely and more efficient justice is pursued, so it favors the "urgency" as a legal ideological value in order not to affect the rights of individuals when they require immediate shelter.

Keywords: Emergency Arbitration, New Paradigms, efficiency, conservatory measures.

I. INTRODUCCIÓN

Al igual que en el Perú, en casi todas las reglamentaciones arbitrales se han incorporado un sistema cautelar en el mismo proceso arbitral o suplidas de manera anticipada ante las autoridades jurisdiccionales estatales. No obstante, la realidad, ha venido demostrando que esto no sería suficiente, sobre todo en el contexto del arbitraje comercial internacional, ya que la efectividad de la tutela depende en gran parte de la rapidez con que se de protección a un derecho, y ante ciertas limitaciones de los mecanismos cautelares (solicitud del tribunal pendiente, constitución del tribunal pendiente, dificultad de ejecución de la medida cautelar ante los órganos jurisdiccionales, caducidad de la medida, preservación de la confidencialidad) ha conllevado a que distintas instituciones arbitrales incorporen en sus reglamentos provisiones referidas a procedimientos de urgencia, con

carácter pre arbitral, que permitan conceder a las partes decisiones urgentes.

II. EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

Si bien el artículo 47 del Decreto Legislativo 1071, Ley General de Arbitraje, ha establecido la posibilidad de solicitar medidas cautelares a los mismos árbitros bastando con su constitución antes de la instalación del tribunal arbitral, entendiéndose que luego de instalado se pueden pedir medidas cautelares al tribunal arbitral¹, y de otro lado, también, permite la solicitud de medidas cautelares anticipadas directamente ante el órgano jurisdiccional antes de la constitución del tribunal² con lo que se ha implementado un sistema de medidas cautelares dentro del arbitraje, nada ha dicho respecto de la posibilidad del arbitraje o árbitro de "emergencia" pese a ya ser una práctica difundida a nivel internacional

1. Decreto Legislativo 1071, Artículo 47° Medidas Cautelares "1. Una vez constituido el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida."
2. Decreto Legislativo 1071, Artículo 47° Medidas Cautelares "4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de ese plazo o habiendo cumplido con hacerla, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho."

Así, el arbitraje de emergencia, consistiría, en resumen, en un árbitro ad hoc nombrado por la institución a la que las partes han sometido la controversia o han adoptado sus reglas, para decretar una orden o medida cautelar sobre la base de la urgencia de la decisión. Para el nombramiento del árbitro de emergencia este mecanismo debe estar establecido en las reglas de la institución y no haberse excluido expresamente en el convenio arbitral por las partes. Corresponde a este árbitro de emergencia conocer solo el pedido de la medida cautelar pero impedido de un prejuzgamiento sobre el fondo de la controversia que solo corresponde al tribunal arbitral.

En efecto, las disposiciones sobre árbitros de emergencia se encuentran en las reglas CCI 2012 (Cámara de Comercio Internacional), LCIA 2014 (Corte Internacional de Arbitraje de Londres), CCR 2010 (Center for Conflict Resolution), SIAC 2013 (Singapore International Arbitration Centre), CIADI 2014, HKIAC 2013 (Hong Kong International Arbitration Centre), Reglas Suizas 2012, NAI 2015 (Nederlands Arbitrage Instituut), ACICA 2016 (Australian Center for International Commercial Arbitration), PRIME 2012, WIPO 2014 (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) entre otras importantes instituciones de arbitraje internacional o doméstico como el caso de Chile, México y Venezuela.

De esta manera el árbitro de emergencia o "Emergency arbitrator provisions" se ha ido incorporando desde el año 2010 en diversas instituciones internacionales y reglamentos domésticos, que surge en respuesta a situaciones que necesitan medidas urgentes de protección al demandante.

Este árbitro de emergencia es un proceso operativo independiente y distinto de las medidas cautelares y provisionales y del procedimiento precautorio pre arbitral, "pre arbitral referee pro-

cedure," que constituye, este último, en medidas provisionales a fin de que el proceso de solución de controversias pueda funcionar de manera eficaz, y que según el artículo 28° del Reglamento de la CCI, están destinadas a conservar pruebas, proteger activos o mantener el *status quo* pendiente del resultado del proceso arbitral, dictadas a partir de la constitución del tribunal arbitral. Es decir, el arbitraje de emergencia es un proceso autónomo mientras que las medidas precautorias son seguidas del proceso arbitral.

De esta forma, el árbitro de emergencia es aquel "a quien corresponde actuar para resolver un procedimiento de adopción de medidas cautelares urgentes, siempre que la controversia se encuentre sometida al arbitraje bajo un reglamento institucional que contemple la existencia del procedimiento de solicitud de medidas urgentes de protección, y que no exista un acuerdo expreso de las partes en contra de la aplicación del régimen respectivo"³.

Para Fernando Estavillo Castro, el concepto y procedimiento de árbitro de emergencia constituye una nueva especie del género de medidas precautorias, cautelares o provisionales⁴. Sin embargo, a nuestro concepto no se trataría de una especie de medida cautelar sino de una manifestación de una tutela urgente o diferenciada a través de un proceso urgente.

El árbitro de emergencia sería un árbitro con todas sus cualidades, designado de manera sencilla y rápida, cuya intervención es provocada por la parte interesada, salvo que este excluida la figura en el pacto arbitral, cumpliendo con las características comunes de imparcialidad, independencia, confidencialidad y garantizar el debido proceso.

Su competencia se ciñe solo en relación a la medida cautelar de urgencia solicitada y que

3. CORTES ARAUJO, Bernardo. "El Árbitro de Urgencia". En: Revista del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción. México:2013. p.1
 4. ESTAVILLO CASTRO, Fernando. "El árbitro de emergencia en el nuevo reglamento de arbitraje de la CCI". En: Pauta N° 68, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, Junio. México: 2013.

no extiende al proceso arbitral. Es decir, es un procedimiento autónomo e independiente del proceso arbitral para decretar una orden de urgencia sobre la base de la fundamentación de este pedido cuya situación no puede esperar la constitución del tribunal arbitral. Teniendo estas características se podría decir que el árbitro de emergencia tendría la connotación de un proceso urgente.

El artículo 29 del Reglamento de la CCI, establece las medidas objeto del procedimiento del árbitro de emergencia distintas a las medidas cautelares o provisionales. Concebido con la finalidad que la parte que requiera una actuación inmediata y no puede esperar hasta la constitución del tribunal arbitral pueda solicitar tales medidas que pueden consistir en:

- Órdenes para preservar el *status quo*.
- Órdenes que prohíban el agravamiento de la disputa de las partes.
- Órdenes que requieran la ejecución específica (*specific performance*), de las obligaciones contractuales o de otra índole.
- Órdenes que requieran otorgamiento de garantía respecto de reclamaciones subyacentes.
- Órdenes que requieran otorgamiento de garantía respecto de costos legales.
- Órdenes para la preservación o inspección de propiedades.
- Ejecución de obligaciones de confidencialidad.
- Órdenes de pago provisional.
- Órdenes de no demandar (*anti suit*).
- Y en la práctica arbitral hay discusión en torno a la concesión mediante arbitraje de emergencia de las llamadas *anti suit injunctions* y *anti arbitration injunction*.

En todo caso, la necesidad del caso concreto determinará la medida adecuada siempre que cumpla con los requisitos para su procedencia debiendo la orden del árbitro de emergencia estar motivada dado que tiene un poder variable de acuerdo a la solicitud de medida cautelar. La competencia del árbitro de emergencia se extingue una vez instalado el tribunal arbitral, ejecutada la medida o desaparecida la situación que provocó su intervención. En este sentido, el arbitraje de emergencia en la práctica ha resultado una herramienta útil sobre todo cuando las cortes locales son lentas o ineficientes para conceder medidas cautelares anticipadas antes de la constitución del tribunal arbitral, o cuando hay reservas sobre su actuación, o cuando la medida no esté dispuesta por el ordenamiento local o haya falta de reconocimiento de medidas cautelares internacionales. Asimismo, evita procesos paralelos y solicitar medidas cautelares que pueden comprometer la decisión de los árbitros en cuanto a la decisión de fondo o se ponga en riesgo la confidencialidad de las relaciones comerciales si se somete a un proceso público. No obstante, esta figura no ha dejado de presentar problemas tanto teóricos como prácticos.

III. PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS QUE SE HAN PRESENTADO EN EL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

Uno de los principales se constituye sobre el cargo del árbitro de emergencia.

1. El árbitro de emergencia ¿es realmente un árbitro?

Dado que su nombramiento no viene del acuerdo de partes sino de la institución de la que se han adoptado sus reglas procedimentales y es a solicitud de una sola de las partes, vulneraría en cierto sentido el principio de autonomía de la voluntad que rige para el acuerdo del pacto arbitral.

Esta situación, ha sido interpretada en el sentido más favorable al arbitraje, dado que se entiende que si se ha pactado un arbitraje aceptando las reglas procedimentales de determinada institución que contempla esta figura y no ha habido exclusión expresa, se entiende, que el

acuerdo se extiende hasta la posibilidad de poder determinar a este árbitro de emergencia cuando la situación así lo amerite. Aunque esta interpretación no deja de generar ciertas dudas.

Sin embargo, entendiendo que el arbitraje de emergencia es un proceso autónomo del arbitraje, que tiene un objeto propio y distinto, una competencia exclusiva, y debe cumplir con los deberes de imparcialidad, confidencialidad y garantía del debido proceso, actuaría como tercero imparcial imponiendo una decisión producto del sometimiento de las partes a su voluntad por el acuerdo arbitral, constituyéndose de esta forma en un árbitro.

Un cuestionamiento del árbitro de emergencia tiene que ver con la suspensión del contradictorio sacrificándolo en aras de la eficiencia o efectividad del proceso arbitral como sucede en los procesos urgentes o medidas auto satisfactivas.

Indica el profesor Francesco P. Luiso que en el arbitraje al igual que en el proceso jurisdiccional el principio del contradictorio debe estar asegurado y debe ser exigido, concediendo a las partes razonables y equivalentes posibilidades de defensa, estableciéndose que el arbitraje será nulo sino se ha observado el principio del contradictorio, concluyendo que este principio es condición irrenunciable de validez del laudo, y aunque cuando las reglas del proceso arbitral no lo establezcan, los árbitros deben actuarlo y si hay reglas que impiden su actuación deben inaplicarlas, debiendo ser siempre respetado.⁵

En este aspecto, el árbitro de emergencia debe conducir el procedimiento, aunque sea breve y en el menor tiempo posible, de la manera apropiada, tomando en consideración la naturaleza y urgencia de la solicitud, pero en todos

los casos, debe actuar justa e imparcialmente y asegurarse que cada parte tenga oportunidad de presentar su caso.

Esta situación deviene en un segundo problema, el que se refiere a las decisiones del árbitro de emergencia.

2. Las decisiones del árbitro de emergencia ¿son laudos?

Se entiende que el laudo es la resolución definitiva sobre el proceso arbitral. Así, Antonio LORCA NAVARRETE señala que *"el laudo arbitral se puede conceptualizar, desde una vertiente sustantiva y formal a la vez, como el único modo posible de poner término al arbitraje regularmente tramitado y que, resolviendo definitivamente las controversias planteadas, les pone término, produciendo el efecto de cosa juzgada cuando haya precluido el término para pedir su anulación"*⁶.

Debido a esta configuración del laudo como resolución definitiva del arbitraje ciertas instituciones le han negado esa naturaleza a la decisión del árbitro de emergencia definiéndolas como "orden" (CCI, LCIA) "decisión de emergencia" (HKIAC), "decisión" (Reglas Suizas), y esto conlleva a un siguiente problema, que al no ser considerado un laudo no podría en consecuencia poder impugnarse judicialmente, dado que esta posibilidad está restringida solo para el laudo, y por otro lado, la posibilidad de ejecución ante el Poder Judicial, reiterándose el problema para la ejecución de las medidas cautelares dentro del proceso arbitral, teniendo distintas respuestas legislativas⁷.

Ya se ha presentado el problema de la colaboración judicial para las medidas cautelares

5. LUISO, Francesco P. "Arbitraje y Constitución en el ordenamiento italiano". En: Constitución y Proceso. Ara, Lima, 2009. pp. 185-197.

6. LORCA NAVARRETE, Antonio María. "El laudo arbitral". San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2011. p. 11.

7. Por ejemplo, en Venezuela se ha distinguido entre medidas compulsivas y no compulsivas, resultando innecesario el auxilio de la fuerza pública en estos últimos casos.

regulares ordenadas por los tribunales arbitrales constituidos, entendiéndose reiterada veces los jueces que no son mero tramitadores para la ejecución de lo resuelto por el tribunal arbitral cuestionando el contenido de la resolución⁸, problema que se agravaría cuando dicha ejecución proviene de una "orden" o "decisión" de un "árbitro de emergencia"⁹.

Señala, Rodrigo Bordachar Urrutia, algunas jurisdicciones procurando dar una aplicación práctica a las decisiones del árbitro de emergencia, han interpretado las disposiciones de la Ley Modelo en su versión 2006, artículo 17-H, que se remite al reconocimiento de órdenes y laudos relativos a medidas cautelares¹⁰.

Con relación a esta situación, indica el profesor Lorca Navarrete que desde la conceptualización formal del laudo, este sería el único modo formal adjetivo de poner término a las actuaciones arbitrales, y si este resuelve las controversias puede emitir tantos laudos parciales como estime necesario, adoptando formas flexibles de resolución, tanto sobre alguna parte del fondo u otras cuestiones como por ejemplo sobre la competencia de los árbitros o las medidas cautelares. De esta manera teniendo el laudo parcial el mismo valor que el laudo definitivo, adquiere efectos resolutivos y definitivos. Pero al mismo tiempo el laudo arbitral no es el único modo formal o adjetivo de poner término a la sustentación arbitral, concurriendo con el toda "resolución arbitral" que en definitiva pone fin a

una sustanciación de la actuación arbitral resolviendo todas las controversias en el planteadas¹¹.

Siguiendo esta posición, siendo el arbitraje de emergencia un proceso autónomo, y cuya orden, decisión o resolución del árbitro en definitiva pone fin a la controversia planteada respecto del pedido de la decisión de urgencia, su naturaleza es de un laudo y, por lo tanto, teóricamente, no habría inconveniente para reconocerle como tal con su carácter resolutivo y definitivo, y los efectos que ello conlleva para su ejecución.

No obstante, ante la imposibilidad práctica de impugnación o de ejecución judicial de las órdenes del árbitro de emergencia, esta posibilidad se reduciría solo cuando la contraparte pareciera dispuesta a cumplir voluntariamente dado que el arbitraje principal se encuentra pendiente, siendo solo moralmente obligatorio.

Esta circunstancia se entiende en el principio de buena y común intención de las partes, en tanto, el arbitraje es un contrato, se entiende que las mismas están de acuerdo de aceptar las decisiones de este de forma voluntaria, sobre todo en la práctica comercial, en donde las situaciones de acreedor y deudor son variables y mutables con mucha frecuencia y rapidez, y si un miembro del círculo comercial no cumple sus obligaciones, más allá de la sanción jurídica, hay una sanción moral que lo excluye del comercio, dado que nadie quisiera tener trato comercial con alguien

8. PALACIOS PAREJA, Enrique. "Medidas Cautelares y tutela jurisdiccional efectiva". En: *Proceso y Constitución*. Ara. Lima: 2011. pp. 501-526.

9. A manera de ejemplo en Francia, en el caso *Société Nationale des Pétales du Congo et République du Congo versus Total Fina Elf E&P Congo* (2003) se dijo que la orden no es laudo por lo tanto no es anulable. En Singapur, aplicando la Ley de Arbitraje Internacional (modificada) 2012 y la Convención de Nueva York, se estableció que es ejecutable. Por su parte, en los EE.UU en el caso *Publicis Communication versus True North Communications* (2000), *Yahoo! Inc. versus Microsoft Corporation* (2013), *Chinmax Medical System versus Alere San Diego* (2011), se estableció en teoría si designado como "laudo" pero depende de los hechos del caso. En Hong Kong aplicando la Ordenanza de Arbitraje Internacional (modificada) 2013, permite a las cortes de Hong Kong ejecutar medidas otorgadas por árbitros de emergencia hayan sido o no otorgadas en Hong Kong.

10. BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo. "Medidas cautelares en arbitraje y la incorporación del árbitro de emergencia". En: *Derecho y Ciencias Sociales* N° 13. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. La Plata: 2015, p. 7191.

11. LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Op. Cit* pp. 14-15.

renuente a incumplir sus obligaciones. Es decir, la fuerza ejecutiva de la "decisión" u "orden" del árbitro de emergencia radica en la amenaza de la exclusión social, es decir, la imposibilidad de volver a comerciar en determinado circuito.

En este aspecto indica Bruce L. Benson que existen miles de mecanismos cooperativos voluntarios que garantizan el cumplimiento de sus normas por medio de la amenaza de exclusión, en donde se incluyen, por ejemplo, los contratos entre empresas de diferentes países y empresas que forman parte de la misma organización empresarial. De hecho a lo largo de la historia el cumplimiento de las normas del comercio internacional se ha garantizado por medio de la amenaza del boicot, y cualquiera que incumpliera un contrato en el Derecho Mercantil medieval, y se negará a acatar el dictamen del árbitro, sufría el boicot de los demás mercaderes.¹²

3. Los Costos.

A los problemas mencionados, se debe sumar el tema de los costos, dado que al ser un procedimiento autónomo del proceso arbitral tiene sus propios costos.¹³ Sin embargo, el mayor problema a tratar es la línea artificial y muy fina sobre la que el árbitro de emergencia debe caminar.

4. Necesidad de equilibrar a las partes frente a la imposibilidad de pronunciarse sobre los méritos sustantivos de la disputa.

Este problema surge, en tanto el arbitraje de emergencia es una vía excepcional. En este aspecto, si bien queda meridianamente claro que el árbitro de emergencia tiene funciones y obligaciones bien limitadas, es temporal, de carácter excepcional y sus funciones son exclusivamente relativas al otorgamiento de las medidas cautelares solicitadas, a veces es necesario tocar la médula del asunto principal. Y aunque se entiende que el árbitro de emer-

gencia no puede prejuzgar al no conocer sobre los aspectos sustantivos de la controversia, que corresponde al tribunal arbitral, en la práctica al decretar la orden de urgencia es difícil separar lo medular o principal que no tenga conexión con dicha medida.

En este caso la justificación de la medida es la piedra angular del árbitro de emergencia que al tener la característica de un "proceso urgente" es un proceso autónomo en el que no hay amplitud de debate y no debe tener complejidad probatoria, cuya finalidad es prevenir o remover un daño irreparable, teniendo como se ha dicho una "urgencia intrínseca o pura" que corresponde, como ya se ha señalado, a la demostración *prima facie* de la concurrencia de una situación urgente que de no ser conjurada puede irrogar un *periculum damni*.

Siendo ello así, considerando al "árbitro de emergencia" como un proceso urgente sería la manifestación de una tutela diferenciada o específica ante la falta de una tutela adecuada prevista por el legislador y sobre la base de una situación de urgencia.

Sin embargo, tratándose el arbitraje de procesos cuyo contenido es estrictamente patrimonial por tanto, de carácter fungible, intercambiable, valorable en dinero, alienable que permite una prestación equivalente que se constituye en la indemnización, no queda del todo claro cuando se justificaria este "árbitro de emergencia" que podría prescindir del contradictorio estando ya previstos los mecanismos cautelares. Es decir, la cuestión central es ¿si el arbitraje permitiría una tutela diferenciada, privilegiada, específica para derechos que son de carácter estrictamente patrimonial?

De esta forma, el quid del problema de la tutela clásica en sus formas de cognitiva, ejecutiva y cautelar y la tutela diferenciada en sus formas de procesos urgentes y medidas auto satisfactivas,

12. BENSON L. Bruce. "Justicia sin Estado". Madrid, Editorial Unión, 2000, p. 341.

13. Que por ejemplo en el caso de la CCI es de USD 40,000.00.

y este caso de la adopción del arbitraje de emergencia, radica en el equilibrio que debe haber entre garantías y eficacia.

IV. LA "URGENCIA" COMO VALOR IDEOLÓGICO - JURÍDICO EN LA ACTUALIDAD

Estamos asistiendo en la actualidad a un incremento desmesurado de mecanismos o técnicas de aceleración del proceso tanto en la formación del título (sentencia) como en la formación de la prueba sobre la base de una supuesta urgencia.

Así, se tiene, por ejemplo, en el ámbito penal el Decreto Legislativo 1194, llamado "Ley que regula el proceso inmediato en casos de flagrancia", que se trata en realidad de una técnica de aceleración de la prueba cuando los hechos sean "evidentes", estado de flagrancia o "confesión sincera" para la formulación de una decisión o sentencia inmediata. Tal como se menciona en la exposición de motivos de dicha norma se basa en el ordenamiento italiano que regula el *giudizio* inmediato en donde se prescinde de la etapa intermedia.¹⁴

Esta norma se dictó al amparo de combatir "con urgencia" el crimen organizado, el narcotráfico o tala ilegal, pero que en la práctica ha llevado a la cárcel en forma inmediata a situaciones de conducir ebrio, violencia doméstica, falta de respeto a la autoridad y omisión de asistencia familiar.

En igual forma, la Ley 28457, "Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial", establece un mecanismo de aceleración del proceso en la formación del título dado que en su artículo primero ordena que si el demandante no formula oposición en el plazo señalado se declara fundada la demanda, prescindiendo de la etapa probatoria. Y en el segundo artículo establece una técnica de

aceleración de la prueba remitiéndose exclusivamente al ADN como única prueba pertinente.

También, se tienen los diversos proyectos para la inclusión del llamado "proceso monitorio" que constituye en realidad una técnica de aceleración del proceso para la formación del título, dado que permite al juez dictar el título ejecutivo con el solo requerimiento de la obligación y la falta de oposición del deudor.

Otro ejemplo, sería el denominado desalojo "express", contenido en la Ley 30201, por el que en el proceso de desalojo se prescinde de la contradicción u oposición del demandado cuando este hubiera establecido una "cláusula de allanamiento anticipado" en el contrato de arrendamiento, lo que sería en realidad una técnica de aceleración para la formación de la prueba (suprime la prueba) para la formación del título judicial.

Todos estos ejemplos, se basan en la "urgencia" como valor ideológico jurídico actual incluyendo la figura del "árbitro de emergencia", con lo que se puede advertir que en estos tiempos se estaría presentando una "ideología de la urgencia" en el aspecto jurídico procesal.

Pierre Bourdieu señala "que una ciencia del derecho rigurosa se distingue de lo que de ordinario se denomina ciencia jurídica en que toma a esta última por objeto"¹⁵. Explica Juan Ramón Capella que la tesis de Bourdieu añade que el saber habitual de los juristas, o "saber jurídico interno", que pasa muchas veces por ser una "ciencia jurídica", versa sobre un conjunto de doctrinas que sirven para interpretar la ley. Y estas doctrinas se contraponen entre sí o con el cambio histórico. Un saber sobre el derecho que aspire a ser no meramente doctrinal sino científico, en un sentido substancial y no retórico, ha de tomar también por objeto suyo esas doctrinas, sus di-

14. Decreto Legislativo 1194, Exposición de Motivos, p. 3.

15. BOURDIEU, Pierre. "Poder, Derecho y clases sociales". Desclée de Broower, Bilbao, 2000. Vid. Especialmente el ensayo "La fuerza del derecho". Citado por: CAPELLA, Juan Ramón. La fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado. Trotta. Quinta edición, 2008. Madrid. p. 50.

ferencias, sus funciones históricas, etc.¹⁶ Hay una apariencia de formalización de la ciencia jurídica dado que se encuentra plagada de ideología y prejuicio que se mezclan con el denominado saber jurídico.

En esta línea, hay dos usos distintos de la "ideología", en un sentido fuerte y estricto y en otro más laxo. En el primero, es una representación de la realidad falsa pero coherente en sí misma, y esta afecta al poder.¹⁷ Y en el segundo o sentido laxo, es el conjunto de juicios de valor, opiniones políticas, religiosas, estéticas de cada cual, que se sitúa en el plano de las creencias y no del saber.

Al derecho le debe preocupar esta "ideología" fuerte cuando se enmascara la realidad, y dificulta descubrir los hechos reales o que sus afirmaciones prevalezcan frente a proposiciones verdaderas. Estas proposiciones ideológicas que prevalecen tienen que ver con los rasgos del mundo, *"el universo social en el surgen tanto la ideología como la verdad esta tan dividido y contrapuesto que la verdad no es neutral, aséptica, en él, sino que puede ser una arma para cambiar las representaciones sobre el mundo"*¹⁸.

Y es que en palabras de Karl Popper *"Una teoría, incluso una teoría científica, puede convertirse en una moda intelectual, en una sustitución de la religión, en una ideología atrincherada"*¹⁹ cuando hace referencia al "mito del marco común", que tiene un aspecto de juicio sobrio, de una advertencia sensible a la que deberíamos prestar atención a la hora de mantener una discusión racional. Pensando inclusive que se trata de un principio lógico o se basa en un principio lógico. Pero que por el contrario puede ser un enunciado falso o a veces perverso. El "marco"

es el conjunto de supuestos básicos o principios fundamentales que muchas veces constituye un núcleo de verdad que se comparten pero que parten de un relativismo histórico o cultural y doctrina.

Y es esto lo que sucede con relación a la "urgencia" como marco de referencia o ideología para la explosión legislativa procesal que crea y fomenta estos mecanismos acelerados.

Explica Francois OST²⁰ que la "urgencia", es lo que apremia, lo que no puede esperar, y es un término que aparece solo a partir del siglo XVIII, y que solo se propaga verdaderamente a partir del siglo XX. El contexto en el que hace su aparición es el de la medicina: se habla del "servicio de urgencia" del hospital en donde se impone una intervención en el "acto". Así, la urgencia remite a un estado de cosas excepcional, en donde la gravedad de la situación apremia a actuar inmediatamente; si es preciso al margen de los procesos ordinarios. *"Hay peligro en el apremio, y, como se dice en esos casos, la necesidad (urgencia) es la regla"*.

La urgencia connota la idea de inquietud ante un riesgo grave e inminente, y la idea de transgresión respecto de las instituciones y las maneras de proceder habituales. Un registro así, debe ser excepcional, como las necesidades a las cuales enfrenta, sin embargo, se puede formular la hipótesis que en la actualidad la urgencia ha dejado de constituir una categoría extraordinaria para convertirse más bien, en *"una modalidad temporal de acción general"*²¹.

En el terreno jurídico, la urgencia que es la temporalidad de lo excepcional, tiende a imponerse como tiempo normal (la excepción que invalida

16. CAPELLA, Juan Ramón. Ibid. p. 51.

17. CAPELLA, Juan Ramón. Ibid. p. 52.

18. CAPELLA, Juan Ramón. Ibid. p. 53.

19. POPPER, Karl. "El mito del marco común". En: Defensa de la Ciencia y la Racionalidad. Barcelona, 2005, .p. 42.

20. OST, Francois. "El tiempo del Derecho". Siglo XXI, México, 2005. Pág. 267.

21. LAIDI, Zaki. "L'urgence in la dévalorisation de l'avenir". En: Esprit, N° 240. Paris: 2008, p. 12. Citado en: OST, Francois. Ibid. p. 266.

la regla, de alguna manera). La urgencia al provocar un corto circuito en las formas, los plazos y los procedimientos tomando su autoridad el estado de necesidad (necesidad que hace ley) se erige de esa manera en una "injusticia generalizada". Y de ello resulta un nuevo riesgo, que es la inseguridad jurídica, producto de una ingeniería jurídica cuyo ritmo se ha desbocado.²²

La urgencia reviste un favoritismo a sus promotores y lejos de ser una noción objetiva se presta a una noción subjetiva y política que se deja a la apreciación del juez del foro. La urgencia hace prevalecer el hecho sobre el derecho, y supuestamente garantiza el "retorno de lo real" por sobre el formalismo (real o pretendido) de las normas y se instala en el núcleo de las relaciones que el derecho mantiene con la realidad social. Un razonamiento pragmático y utilitarista le da ventaja sobre el respeto a las formas, como si el fin, presumiblemente bueno, justificara los medios al generalizar la noción de urgencia en nombre de una necesidad que no siempre logra diferenciarse cabalmente que no significa solo una aceleración, sino también una inversión que permite al *imperium* proceder a la *jurisdictio*, inmunizando al hecho consumado respecto de una posterior puesta entre dicho jurídica²³.

Y este supuesto de "urgencia" tiene distintos efectos bastante constestables. En principio conduce a validar la transferencia de competencias del juez ordinario al juez de los recursos de urgencia, del juez al particular, del legislador al juez ejecutivo. También, conduce a simplificar considerablemente los procedimientos, abreviar los plazos y contornear las formas. Un tercer efecto, tal vez más significativo, es la afectación del fondo del derecho, validando al igual que la "jurisprudencia de las circunstancias excepcionales", actos que regularmente serían inválidos, siendo un concepto vago y muchas veces impreciso.

La urgencia, como remedio en período de crisis solo debería autorizar medidas conservadoras de carácter provisional, para preservar un derecho, o de administrar un interés durante el tiempo que fuera necesario para el retorno de la normalidad y adoptar una decisión con base al fondo y acorde con las formas. Pero en realidad, sucede algo bien distinto, las medidas conservadores exceden a las medidas de ejecución, con una tendencia a transformarse en definitivas, sin diferenciar lo excepcional o urgente de lo que es permanente.

Y finalmente, la urgencia implica un cuarto efecto de relajamiento de la norma. Al autorizar todo género de componendas con la legalidad, tanto procesal como sustancial, en donde los textos que prevén medidas de urgencia son objeto de aplicaciones prácticas que a su turno se relajan a través de interpretaciones judiciales atenuadas, modificaciones incesantes, prácticas administrativas extensivas. *"Todo sucede como si una vez aflojado el tornillo de la judicialidad y habiéndose consagrado todo tipo de poderes especiales, el no-derecho se precipitara sin ninguna moderación, en las instrucciones y comportamientos"*²⁴.

En este aspecto, surge el cuestionamiento que si en el arbitraje, que de por si es un proceso sencillo, breve, rápido, flexible, ¿sería necesario un proceso urgente pre arbitral en oposición al clásico sistema cautelar para ordenar medidas "urgentes"?

Para absolver esta cuestión, en principio se tiene que la decisión si un Estado prefiere un sistema particular de adjudicación de derecho tipo arbitraje o un sistema concentrado de adjudicación de derecho, tipo poder judicial, responde a una decisión política, económica y cultural.

Explica Robert Cooter que *"las negociaciones entre legisladores producen las leyes, y las negocia-*

22. OST, Francois. *Ibid.* p. 273.

23. OST, Francois. *Ibid.* pp. 274 y ss.

24. OST, Francois. *Ibid.* p. 277.

*ciones entre ciudadanos producen contratos. A fin de facilitar la cooperación, las partes involucradas en la negociación necesitan un intérprete de sus acuerdos que sea independiente. A fin de disfrutar de la independencia, la riqueza y el poder del intérprete no debe verse afectado por la interpretación. El Estado puede proveer un intérprete de leyes y contratos que sea independiente mediante la creación de un Poder Judicial*²⁵.

Pero este sistema de solución de conflictos centralizado en el Estado tiende a la congestión y saturación, con lo que finalmente se vuelve más costoso que un sistema privado de solución de conflictos. En el arbitraje, el árbitro tiene una relación específica en el conflicto mientras que el juez predeterminado por el Estado tiene una relación genérica con todos los casos que son puestos bajo su responsabilidad, produciendo así una ventaja comparativa del árbitro en cuanto a la reducción de incertidumbre acerca de su actitud frente al caso, estableciendo adicionalmente un principio de clausura más próximo que garantiza el cierre de la controversia frente a las múltiples revisiones que pueden suceder en el sistema estatal que extienden el tiempo en el proceso y aumenta la incertidumbre.²⁶

Esta connotación, de relación específica con el caso particular y punto de cierre más próximo con la reducción de múltiples instancias, así como la flexibilidad de las formas, le proporciona al arbitraje mayor celeridad y rapidez en la solución del conflicto privado y por lo tanto mayor ventaja frente al proceso jurisdiccional.

Sin embargo, el factor ineficiencia del sistema estatal de solución de conflictos materializado en el proceso jurisdiccional no es la única causa, y hay que reconocer que el "contexto cultural" actual, es un elemento principal en el desarrollo

de los ADR's, así como ocurrió en la sociedad norteamericana del siglo XX, que fue producto de peticiones institucionales, maniobras políticas y el movimiento cultural de entonces.

Indica Oscar Chase que el desarrollo del arbitraje frente al proceso jurisdiccional "más específicamente, depende directamente de los cambios en los valores en conflicto a finales del siglo XX, la desconfianza en el gobierno, las privatizaciones, la humanización de las instituciones a gran escala, el progreso social a través de la mejora individual, y el escepticismo posmoderno acerca de las una realidad objetiva, temas que se identifican como fundamentales en la cultura estadounidense: libertad, individualismo, populismo, igualdad, liberalismo"²⁷.

En este nuevo contexto, en este "New Deal" se va generando en un ambiente de escepticismo general y frente al Estado en particular, y se pasa de un concepto de búsqueda de la "certeza del derecho" a un campo de incertidumbre o no certidumbre del derecho²⁸.

Una de las corrientes que más se ha preocupado por buscar soluciones a estos problemas de certidumbre del derecho es el realismo norteamericano que toma como "punto de partida comunes" según expresa Llewellyn: a) la concepción del derecho como un fluir, del derecho en movimiento y de la creación judicial del derecho, b) la concepción del derecho como un medio para fines sociales y no como un fin en sí mismo; c) la concepción de la sociedad como un fluir; d) el divorcio temporal entre el ser y el deber ser; e) la desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales; f) desconfianza hacia la teoría; g) la creencia de reagrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más reducidas y particulares; h) una insistencia en

25. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Derecho y Economía". Fondo de Cultura Económica, México D.F. Primera reimpresión 1999. p. 516.

26. BARRAGAN, Julia. "Estrategias y Derecho". Miguel Ángel Porrúa. México: 2009. p. 133.

27. CHASE, Oscar. "Derecho, cultura y ritual". Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural. Madrid: 2011, p.133.

28. BARRAGAN, Julia. Op. Cit. Pp. 15 y ss.

evaluar cualquier parte del Derecho en sus términos de efectos y en la búsqueda de utilidad de esos efectos.²⁹

*“Esta corriente al constatar que los niveles de incertidumbre se encuentran asociados a un alto costo en las transacciones, buscaron proponer cambios en lo que podría llamarse cultura jurídica, propugnando que los procedimientos se dirigieran hacia la solución práctica y eficaz de los casos en lugar de centrarse en temas abstractos y declarativos”*³⁰ Siendo el centro gravitacional el proceso contencioso se orientaron hacia la búsqueda de un método practicable y eficaz para lograr un objetivo a todas luces indiscutible que es hacer la mínima incertidumbre de las partes en relación con los resultados y el producir el menor costo posible en las transacciones en el terreno del derecho.

El arbitraje surge entonces como el camino alternativo a la vista de costos e incertidumbre que acompañan la solución contenciosa, que con la misma estructura lógica y mecánica del procedimiento contencioso, se le incorporan dos momentos en que las partes juegan papeles o funciones decisivas que son el momento de selección del árbitro, quien cumplirá el papel de juez y el establecimiento de las reglas de juego y un segundo momento en el que las partes se comprometen a aceptar la solución que el árbitro produzca.

En este aspecto, el desarrollo del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos nace ante el desencanto del servicio estatal de administración de justicia y una nueva forma de relación entre la Sociedad y el Estado, es decir, una nueva cultura,

en donde, la funcionalidad del arbitraje se debe a que se acomoda a esta nueva estructura de la relación Estado- Sociedad en donde la jurisdicción no se vuelve en función exclusiva del Estado.

Señalaba Bruno Oppetit que generalmente *“se vincula al arbitraje con cierta concepción del mundo, asociado con el progreso y la democracia, la soberanía de la razón y la existencia de un derecho universal superior a los derechos de los Estados, y lo presenta en oposición a la filosofía de las fuerzas del instinto, al determinismo histórico y una visión conflictualista de la sociedad”*³¹ Sin embargo, en la actualidad, en la práctica el arbitraje se viene desarrollando *“más como la continuación de una guerra por otros medios”*³² que como un instrumento de realización de la armonías entre los hombres.

En este nuevo escenario contemporáneo, el derecho del arbitraje se ha convertido en un derecho de soluciones, centrado principalmente en la satisfacción de intereses materiales y ha perdido en cierta medida, su carácter de disciplina metodológica.³³ En donde los tribunales, usuarios y abogados infligen al arbitraje en preocupantes desviaciones, corrupción, faltas éticas, aumento de costos, maniobras desleales, burocratización de grandes instituciones, y abundan los congresos que se convierten en foros comerciales en los que donde florece la autopromoción publicitaria, rodeado de un ambiente de utilitarismo propio de los tiempos modernos, condenado posiblemente a ser una mercancía³⁴

Sin embargo, añade Oppetit, que en este contexto cultural del mundo moderno que por ello no implica que sea perfecto, bueno o malo, el

29. LLEWELLYN, Karl N. “Some Realism about Realism – responding to Dean Pound”, 44 Harvard Law Review 1222, (1931). Citado por: PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. “El instrumentalismo en Estados Unidos”. Temis, Bogotá, 2008. pp. 154-7.

30. BARRAGAN, Julia. *Op. Cit.* Pág. 129.

31. OPETTIT, Bruno. “Teoría del arbitraje”. Bogotá..Legis, 2006. p. 28.

32. OPETTIT, Bruno. *Ibid.* p. 29.

33. OPETTIT, Bruno. *Ibid.* p. 20.

34. OPETTIT, Bruno. *Ibid.* p. 21.

arbitraje como expresión de esta realidad contemporánea tiene las mismas características. En este punto se puede advertir que la justicia no es un modelo único y si bien se podría inferir que existe un antagonismo respecto del Estado contra el arbitraje y recíprocamente, en esencia, persiguen por vías distintas pero complementarias el mismo ideal de búsqueda de justicia a través de un sistema administrado en forma diferente pero complementaria³⁵.

Es este sentido, que habiendo indicado que la "urgencia" se ha convertido en un valor ideológico jurídico de la actualidad, si bien con efectos contestables como se explicó, que hace crear cada vez más formas de aceleración del proceso en todas las ramas, y siendo el arbitraje, el proceso tipo en donde, estos valores de la modernidad como utilidad, eficacia, rapidez, satisfacción de los intereses materiales, y el desencanto frente al Estado, se presentan con mayor nitidez, es comprensible que a pesar de ser un procedimiento flexible y rápido frente al proceso jurisdiccional, cree sus propias formas aceleradas de una "justicia material urgente".

V. LA CONNOTACIÓN DEL "ARBITRAJE DE EMERGENCIA" COMO UN "PROCESO URGENTE"

Para poder entender al "arbitraje de emergencia" como estructura de un proceso urgente manifestación de una tutela diferenciada, en principio se debe explicar este concepto. Así, se tiene que en la actualidad el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no se agota en las manifestaciones clásicas de tutela cognitiva, ejecutiva y cautelar, sino que actualmente se habla una tutela diferenciada, que se manifiesta en una tutela "urgente" o "anticipada", en la que el objeto de la tutela judicial no es el ejercicio de la actividad jurisdiccional para la obtención, ejecución o conservación de un título (sentencia o declaración final), sino que se relaciona directamente con el derecho material lesionado y que exige una respuesta

inmediata del órgano jurisdiccional para inhibir o prevenir un mayor daño.

No obstante, se debe hacer presente, que en principio este tipo de tutela "diferenciada" debe ser excepcional, y restringida solo para derechos de carácter infungible, que no admiten una prestación sustitutoria y equivalente como la indemnización, dado que la sola violación del referido derecho material, en virtud de su naturaleza, implica su inexistencia por lo que el órgano jurisdiccional debe restituir su inmediata vigencia, muchas veces suspendiendo, limitando o prescindiendo de principios básicos del proceso como el contradictorio, dualidad de posiciones, pluralidad de parte, derecho de defensa.

Así, Luiz Guilherme Marinoni indica que "*La tutela del derecho es consecuencia de la existencia del propio derecho. No es suficiente que el ordenamiento jurídico afirme un derecho, es imprescindible conferirle tutela o protección.*"³⁶ En otras palabras, no basta la sola afirmación o declaración del derecho por parte del Estado sino que este debe brindar un mecanismo adecuado de protección y ante el nacimiento de nuevas situaciones de conflictos producto de las nuevas relaciones sociales, formas útiles y eficaces para la resolución de dichos conflictos a fin de no provocar un renacimiento de la autotutela.

De esta manera, el surgimiento de nuevas situaciones jurídicas, la inexistencia de técnicas procesales idóneas para la prestación de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito, la morosidad del procedimiento común de conocimiento y el uso distorsionado de la tutela cautelar, se convierten, en el sustento de una tutela jurisdiccional urgente y anticipatoria. Y se abre de esta manera el espacio para la tutela diferenciada o específica, la cual es una tutela del derecho material y se preocupa de la protección de la integridad del derecho que se contrapone a la tutela declarativa resarcitoria.

35. OPPETIT, Bruno. *Ibid.* p. 44

36. MARINONI, Luiz Guilherme. "Tutelas urgentes y tutelas preventivas". Lima: Communitas, 2010. p. 60.

En este sentido, la tutela diferenciada no se conforma con la transformación del derecho en una prestación equivalente a través de la indemnización, sino que constituye una tutela que con diversas formas da una protección inmediata al derecho.

Esta protección jurisdiccional por medio de una tutela diferenciada se otorga a través de la inhibición de la ocurrencia del ilícito, la remoción de los efectos concretos del acto ilícito, la reparación del daño en forma específica o la solicitud de la garantía necesaria, o el cumplimiento específico de la prestación incumplida o cumplida de modo imperfecto.

Así, esta tutela no es de carácter instrumental a una tutela cognitiva, ni provisional, sino de carácter definitivo y autónomo con relación a los objetos concretos que persigue, sino que es una tutela inmediata del derecho material.

Señala Omar Cairo³⁷ que en esta que en esta tutela diferenciada o específica se da el efecto de "sumarización material o cognitiva". La "sumarización" cognitiva hace referencia a la posibilidad de que se dicten resoluciones de actuación inmediata, sin llegar a un conocimiento pleno del conflicto, y pueden ser "vertical" u "horizontal".

La "sumarización cognitiva vertical" se refiere a los casos en los que el juez para expedir una resolución escuchando a las dos partes pero sin agotar todo el material probatorio y sin haber atendido plenamente a la posición de ambos. Esta cognición se divide, según los grados de profundidad cognitiva a los que ha llegado el juez, ya sea plena, sumaria o superficial. La "sumarización cognitiva o material horizontal" se da cuando el juzgador solo ha escuchado a una de las partes, por lo que puede ser parcial o completa.

La actividad jurisdiccional en la tutela urgente no está dirigida a la obtención del "título", sino

a la remoción o prevención del ilícito que impide el libre el ejercicio del derecho lesionado o amenazado, por lo que la técnica procesal adecuada no es la herramienta clásica de tutela cognitiva, es decir, el proceso cognitivo declarativo, sino un mecanismo para que "en función de las circunstancias del caso, a dar satisfacción a una necesidad que exige una expeditiva y desembarazada respuesta jurisdiccional"³⁸.

En síntesis la "urgencia" como presupuesto para una tutela de urgencia pueden originar distintas vías procedimentales para la satisfacción más rápida (aceleración del proceso) o inmediata (tutela urgente) distintas del clásico procedimiento cognitivo, dependiendo de la forma de sumarización material, en forma vertical u horizontal o de una sumarización procedimental, y que pueden ser los procesos cognitivos sumarios, las medidas cautelares, las medidas cautelares auto satisfactivas y los procesos urgentes.

De estas formas de tutelas de urgencia se quiere establecer la diferencia entre el proceso urgente y las demás formas procesales en esta materia, a saber:

- a. El "proceso urgente" es distinto del proceso sumario, dado que en el primero hay un juicio de probabilidades, mientras que el segundo, a pesar de la abreviación del trámite hay un juicio de certeza. De esta forma, en el proceso urgente no se forma título cognitivo, y solo tiene una función preventiva e inhibitoria.
- b. El "proceso urgente" también es distinto de las medidas cautelares, en tanto, que son procesos autónomos y no dependen de un proceso cognitivo posterior, su finalidad es prevenir o remover un daño irreparable, y no el asegurar o conservar los efectos de un futuro título cognitivo. De esta manera, el proceso urgente responde a la denominada

37. CAIRO ROLDAN, Omar. "El amparo durante la vigencia del Código Procesal Constitucional Peruano". En: Revista Pensamiento Constitucional, N° 19, 2014, pp. 251-263.

38. PEYRANO, Jorge W. "Nuevas tácticas procesales". Editorial Nova Tesis Jurídica. Rosario, Santa Fe, Argentina, 2000. p. 20.

“urgencia intrínseca o pura”, en otras palabras, a la posibilidad de un daño irreparable, y no como la medida cautelar que responde a una “urgencia extrínseca o funcional”, es decir, al daño en la demora producida por el proceso.

- c. Igualmente, el “proceso urgente” se diferencia de las medidas autosatisfactivas, porque el primero es autónomo, mientras que las segundas son el segmento de un proceso principal. En el primero debe haber mayor control y exigencia porque tiene una impugnación restringida, mientras que en las segundas por su carácter de medida cautelar tienen amplitud recursiva de la medida misma y en el fondo. El “proceso urgente” se caracteriza por que no requiere de amplitud de debate al no haber complejidad probatoria, mientras que en la medida autosatisfactiva es indiferente la complejidad del debate que se verá en el proceso principal

En esta perspectiva, y de acuerdo a su función y estructura, el “arbitraje de emergencia” tiene la connotación de un proceso urgente, dado que se trata de un proceso autónomo, inmediato, que tiene como fin evitar el mayor daño a través de la protección inmediata del derecho material con la actuación de este árbitro de emergencia, y cuyo objeto es distinto del proceso principal, agotándose en el otorgamiento o denegación de la medida solicitada. No se trata en consecuencia, de una medida cautelar o precautoria, ni tiene la connotación de una medida autosatisfactiva, ni de un pre arbitraje.

VI. LOS PRESUPUESTOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA “URGENCIA” EN LA CONCESIÓN DE UNA TUTELA URGENTE

Habiéndose considerado al “arbitraje de emergencia” como un proceso urgente la medida a

dictar se sustenta en esta necesidad urgente para su concesión, siendo aplicables los presupuestos de la tutela urgente en general que se determinan sobre la base del interés tutelable, la necesidad impostergable de tutela, y la falta de existencia de una vía eficaz para la satisfacción de la pretensión del demandante.

En esta dirección, la declaración jurisdiccional de tutela urgente posee un alto grado de discrecionalidad por lo que la decisión se asemeja más a una actividad “de equidad” que “de derecho” y por lo tanto muy semejantes a las “injunctions” provisionales de derecho anglosajón. En ellas los presupuestos de adopción dispone de una amplia facultad de discrecionalidad del juez para apreciar su concurrencia. En este momento cabe recordar las palabras de Puig Brutau que resultan muy actuales al decir “que nuestro sistema de Derecho privado no se halla tan distante del que consiste en un derecho creado por los jueces (*judge made law*) como generalmente se supone”³⁹

Así, las “injunction” son sentencias por las que se ordena al demandado que realice un determinado acto, o una serie de actos, o que se abstenga de su realización, distinta a la condena de la reparación del daño. En el derecho anglo sajón, el proceso con jurado típico conduce a una condena al resarcimiento, mientras que en el proceso *equity* típico, que se desarrolla sin jurado, se dirige al pronunciamiento de una *injunction*.⁴⁰

Señala Michele Taruffo que históricamente este instrumento se consideraba excepcional y precisaba de una especial justificación, en donde el actor tenía que demostrar previamente que el resarcimiento del daño no era adecuado para solucionar el ilícito. Este requisito conocido como el *adequacy test*, señala ha sido prácticamente abandonado, en el proceso moderno la *injunction* puede dictarse cuando el actor demuestra que la infracción de su derecho corre riesgo de

39. PUIG BRUTAU, José. “Estudio Preliminar”. En: PUOND, Roscoe. “Las grandes tendencias del pensamiento jurídico”. Ediciones Ariel, Barcelona, 1950. p. 12.

40. TARUFFO, Michele y C. HAZARD, Geoffrey. “La justicia civil en los Estados Unidos”. Thomson Arazandi, Navarra. 2006. p. 177.

mantenerse en el tiempo, o que el resarcimiento del daño no es una solución adecuada, y que por el contrario resulta necesaria la actividad del demandado. En consecuencia, indica, que la *injunction* ya no puede considerarse una forma de tutela extraordinaria⁴¹, concordando así con el criterio manifestado que estas formas de tutela urgente son manifestaciones de una tutela específica por la adecuación al caso concreto.

La discrecionalidad que es propia de la tutela de equidad tiene una serie de límites establecidos en los propios principios de equidad como *"one who seeks equity must do equity"* y *"clean hands"* que en realidad se basan en conceptos como la buena fe y no consentir situaciones contra las que luego se actúa por medio de alguna forma de tutela de la rama de equidad.⁴²

De esta manera, para la adopción de una *"injunction"* provisional deben señalarse los siguientes requisitos⁴³:

- a. Probabilidad de que el solicitante sufrirá un daño irreparable (*irreparable harm*) si la *"injunction"* no es acordada, es decir, que se debe tratar de un daño de tal envergadura que no puede ser compensado con una cantidad económica. Además, el daño debe ser inminente para justificar la adopción de la *injunction*, con anterioridad a la celebración del juicio.
- b. Valorar la posible injusticia que se produzca con la adopción de la *"injunction"* respecto a las dos partes (*balance of hardships*). Se infiere que se trata de una ponderación positiva a favor del solicitante después que el juzgado haya valorado o sobre pesado los efectos negativos que la medida cautelar pueda provocar en el demandante y demandado, recayendo la carga de probar en el solicitante de la medida.

La fórmula para entender este presupuesto es que el juzgado debe ponderar los efectos negativos que afectaran al solicitante si la medida no es adoptada como los efectos negativos que afectaran al demandado si es adoptada. De este modo el resultado de la valoración de ambas situaciones debe ser favorable al solicitante para que la medida sea acordada, pues en caso contrario no lo será.

Este presupuesto ha sido adoptado por el análisis económico del derecho bajo la fórmula $P(D_e) > (1 - P) D_o$, que define una medida óptima, en donde se deberá otorgar medida cautelar si la probabilidad de daño para el demandante sin medida cautelar es mayor a la probabilidad de daño para el demandado con medida cautelar.

Sin embargo, esta formulación tiene en consideración los siguientes supuestos que no siempre son reales, asumiendo que:

- La medida cautelar no tiene costos administrativos, y en la práctica sí existen.
- Las consecuencias de la medida cautelar son ciertas, pero en realidad solo son probabilísticas.
- Solo existe una forma de medida cautelar posible, pero en realidad pueden haber varias medidas con distinta magnitud de eficacia y daño.
- No prevé la existencia de daños a terceros.
- No prevé la existencia de daños irreparables.
- Se asume que el solicitante no tiene aversión al riesgo.
- El efecto o interés público que pueda producirse al acordar la *"injunction"*.

41. TARUFFO. *ibid.* p. 178.

42. GILZANS UZUNAGA, Javier. "El proceso civil estadounidense: La tutela judicial cautelar". Navarra: Aranzandi, , 2010, p. 129.

43. GILZANS UZUNAGA, Javier. *Op. Cit.* pp. 130 y ss.

- Que la "injunción" provisional sea la forma de tutela adecuada para la controversia.

Reseñados así brevemente los presupuestos para la injunción provisional, los que resultan más complejos dado su elaboración jurisprudencial variando de un Estado a otro, se pueden establecer la correspondencia con los presupuestos para la tutela de urgencia:

1. Interés tutelable cierto y manifiesto.

Con relación al presente presupuesto, la doctrina argentina⁴⁴ ha desarrollado el perfil de la "medida auto satisfactiva" y del "proceso urgente" designando a este requisito como la acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho, que tiende a la exigencia de certeza o convicción suficientes de que es atendible lo solicitado⁴⁵, que presuponé el recaudo de la urgencia en relación a la existencia de un derecho líquido y probado en un grado de cuasi certeza que justifica el despacho de una medida de trámite mínimo, con un régimen contradictorio acotado, a veces excepcionalmente diferido, y de impugnación compleja⁴⁶.

La razonabilidad de la urgencia radica en la innegable necesidad de consagrar tutelas diferenciadas en orden a: "a) evitar a las partes y a la administración de justicia el "costo" del proceso de conocimiento pleno, en los casos en que no se justifica la plausibilidad de contestación; b) asegurar rápidamente la efectividad de la tutela jurisdiccional en las situaciones de ventaja de contenido (exclusivo o prevalente) no patrimonial y que sufrir daño irreparable por la demora de la cognición plena, y c) evitar el abuso del derecho de defensa del demandado, mediante la utilización de los instrumentos de garantía previstos para el procedimiento ordinario"⁴⁷.

No obstante, la realización del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no depende solo del análisis del derecho de defensa, sino también del derecho material en litigio y de la "tutela de los derechos" que exige el análisis de la esfera jurídica del demandando.

La adecuación de la técnica procesal debe ser medida en base a las necesidades del derecho material y a la situación concreta que depende de su confrontación con el derecho material del demandado. Es preciso verificar si la res-

44. Así, en el artículo 785 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes se establece "Artículo 785. *Petición urgente. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable la prestación de la tutela jurisdiccional inmediata*". En igual forma el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco señala en su artículo 232 indica lo siguiente "Artículo 232-b) *que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente a la solución de urgencia no cautelar requerida*".

De otro lado, el proyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, artículo 290, sanciona "Los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, medidas urgentes distintas de las reguladas por este Código. Requiriéndose una solución urgente no cautelar, podrá solicitarse el despacho de una medida auto satisfactiva cuando existiere una palmaria verosimilitud del derecho alegado. El pedido que deberá aportar elementos probatorios "prima facie" de los argumentado, será sustanciado exclusivamente mediante traslado o la celebración de una audiencia".

Recientemente el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Juan incorporó el capítulo de procesos urgentes, "Artículo 693.- *Procesos urgentes. En caso de extrema urgencia, si fuera necesario salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso abreviado y tomando medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva*".

45. EGUREN, Carolina. "Las medidas autosatisfactivas: El gran salto evolutivo del derecho procesal contemporáneo". En: *Activismo y Garantismo procesal*. Córdoba: 2010, p. 130.

46. EGUREN, Carolina. *Ibid.*, p. 128.

47. PELLEGRINI, Ada. "Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* N° 4, Rubinzal-Culzoni, febrero 2004. p. 251.

tricción de la posibilidad de alegación está legitimada por los valores de la Constitución y justifica la restricción del derecho a la producción de la prueba y legitime de esta forma un juicio de "verosimilitud"⁴⁸.

Este requisito tiene correlación con el juicio positivo de probabilidad, en el caso de las "injunctions" provisionales, a favor del solicitante que es claramente una apariencia de buen derecho "likelihood of success on the merits". Al tal fin el juez, y en este caso el árbitro, debe valorar las probabilidades de que la pretensión del actor sea finalmente estimada al final del proceso, por ello deberá realizar un cálculo de probabilidades al respecto⁴⁹.

2. Necesidad impostergable de tutela.

El fundamento básico de la tutela urgencia es la "urgencia pura o intrínseca", que corresponde a la demostración *prima facie* de la concurrencia de una situación urgente que de no ser conjurada puede irrogar un *periculum damni*⁵⁰, a diferencia de la "urgencia funcional" que proporciona la tutela cautelar clásica, en la que hay una relación mediata o indirecta entre la pretensión cautelar y el daño y el daño a evitar, en cuanto no se enfoca la urgencia *per se*, sino que se la evalúa con relación a los fines del proceso principal, para asegurar o conservar los efectos del futuro título.

Señala J. Peyrano que "por ello se observa que la teoría cautelar clásica tendiente a evitar la demora que el desarrollo del proceso supone torne ilusorios los derechos –brinda soluciones a la denominada urgencia funcional. En otras palabras se preocupan por dar respuestas a situaciones que resulten premiosas en miras a otra coyuntura (el proceso principal), y cuya dañosidad es meramen-

te virtual o conjetural, en el sentido de que puede o no llegar a registrarse"⁵¹.

En otras palabras, "la denominada urgencia funcional conduce a prevenir, precaver y evitar el daño que implicaría no poder cumplimentar con la futura sentencia judicial que acogiera la pretensión. Por el contrario, la urgencia intrínseca reclama como objeto único y acotado – prevenir, precaver y evitar la producción o agravamiento de una daño mediante el pronunciamiento judicial concomitante, inmediato y actual"⁵².

En tal sentido, la tutela anticipatoria al no ser instrumental sino directa, es la única tutela que pretende el actor, al contrario de la tutela cautelar que es funcional o indirecta y posibilita la satisfacción de una pretensión posterior, por ello también se ha denominado tutela específica, en contraposición a la tutela resarcitoria. La tutela anticipatoria satisface el plano fáctico, no posee el carácter de provisorio, estando subordinada al mantenimiento del estado peligroso indicativo de la probabilidad del daño.

En la doctrina del "irreparable harm" para la concesión de las "injunctions" provisionales se trata de un daño de tal envergadura que no puede ser compensando económicamente o que no puede ser compensando con una sentencia judicial posterior además de ser inminente. Sin embargo, el requisito del daño irreparable no es exigido cuando la conducta que se pretende cesar resulta contraria a la Constitución o al Derecho.⁵³

3. Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.

Este presupuesto atiende a que la pretensión de la tutela urgente no debe tener contenido

48. MARINONI, Luiz Guilherme. "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva". Lima: Palestra, 2007. pp. 296-298.

49. GILZANS UZUNAGA, Javier. *Op. Cit.* p. 133.

50. EGUREN, Carolina. *Op. Cit.* p. 132.

51. PEYRANO, Jorge. "Problemas y soluciones procesales". Rosario: Editorial Juris, , 2008 p. 221.

52. PEYRANO. *Op.Cit.* Pág. 223.

53. GILZANS UZUNAGA, Javier. *Op. Cit.* Pág 129.

declarativo de derechos, sino que debe circunscribirse de manera evidente a la cesación inmediata de conductas de vías de hecho, producidas o inminentes contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal. Así, el interés del postulante debe limitarse a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, sin extenderse a la declaración de derechos conexos o afines.

Esta particularidad, se entiende en tanto, la tutela de urgencia que se posibilita a través del proceso urgente es un proceso autónomo que se abastece en su propio dictado, en tanto, está destinada a remover o inhibir el acto lesivo que impide el disfrute del derecho.

Dicho de otro modo, el sentido de las pretensiones del solicitante, no debe ser la declaración, condena o constitución de un título con efectos jurídicos sobre una situación jurídica particular, ni tampoco solicitar instrumental para el aseguramiento o conservación de un futuro título a conseguir a través de un proceso cognitivo.

Finalmente, tampoco se debe solicitar la ejecución de obligaciones nacidas al amparo del título ya sea de forma administrativa o jurisdiccional. Muy por el contrario las pretensiones fundamento de una tutela urgente llevan al restablecimiento inmediato de los derechos sin necesidad de una declaración posterior y ante el evidente peligro de tornarse en irreparables.

En este tipo de tutela jurisdiccional, el debate no se centra sobre la declaración de certeza de algún título, sino sobre el derecho mismo, el cual está siendo lesionado a través de una actuación irregular.

En este caso, la tutela jurisdiccional solicitada o técnica procesal para la eficacia de la tutela jurisdiccional puede ser de tipo "tutela para la remoción del ilícito" o de prevención para inhibir la producción del ilícito que lesione el derecho. *"La tutela de remoción del ilícito es*

*posterior a la práctica del acto ilícito. La misma no inhibe el ilícito. La misma se dirige contra el ilícito, independientemente de que el ilícito haya o no provocado un daño"*⁵⁴.

Dicha tutela tiene como objetivo remover o eliminar los efectos concretos del ilícito, es decir, la causa de ilícito, donde es suficiente la verificación de la falta de transgresión de un mandato jurídico, no teniendo importancia si el interés privado tutelado por la norma fue efectivamente lesionado o si ocurrió un daño.

Para que haya interés en una tutela que siendo posterior al ilícito, que no se destina a resarcir contra el daño, es necesario que la acción contraria a derecho deje marcas concretas que, propagándose en el tiempo, constituyan una fuente abierta para la producción de daños, como en casos, en los cuales la acción "contra ius" produce efectos concretos que, manteniéndose en el tiempo, constituyen exactamente el reflejo de la conducta prohibida, por la norma de protección del derecho

Nuevamente, con relación a las "injunctions" del derecho anglosajón este requisito guarda estrecha relación con el "Adequacy test" o presupuesto de una tutela judicial adecuada que parte de la premisa básica de la tutela de equidad solo será aplicable cuando la controversia no pueda ser resuelta por medio de una fórmula legal o de Derecho más adecuada. Saber cuándo se presenta una alternativa de tutela legal más adecuada se determina caso por caso analizando los hechos.

Dado que la "injunction" es una forma de tutela que proviene de la rama de la equidad, solo será acordado en caso de que el solicitante acredite que su derecho no puede ser tutelado por ningún otro medio legal. El juez no acordará una "injunction" si existe otra forma de tutela de Derecho disponible para el solicitante que resulte más perfecta o adecuada para tutelar sus derechos. El solicitante no debe esperar

54. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* p. 58.

a que el Juez constate la existencia de una forma de tutela judicial más adecuada que el solicitado.⁵⁵

Con relación, a que se debe entender por "urgencia" y vía adecuada, el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 3070-2013-AA, para el proceso de amparo que tiene la pretensión de ser un proceso urgente, y con relación a la vía eficaz para la satisfacción de urgencia, ha desarrollado el concepto de cuándo una vía puede ser considerada "igualmente satisfactoria" a efectos de restringir el amparo por la presencia de una vía igualmente satisfactoria, desde dos puntos de vista:

- a. Una perspectiva objetiva "*vinculada al análisis de la vía propiamente dicha*" (vía idónea) y,
- b. otra perspectiva subjetiva "*relacionada con el examen de la afectación iusfundamental*" (urgencia iusfundamental).

A juicio del Tribunal Constitucional, desde la perspectiva objetiva, el análisis de la vía idónea puede aludir tanto:

- a. A la "*estructura del proceso*", atendiendo a si la regulación objetiva del procedimiento "*permite afirmar que estamos ante una vía célere y eficaz*" (estructura idónea), o
- b. A la "*idoneidad de la protección que podría recibirse en la vía ordinaria*", debiendo analizarse si la vía ordinaria podrá resolver debidamente el caso iusfundamental que se ponga a su consideración (tutela idónea). Añade el Tribunal Constitucional que este análisis objetivo, claro está, es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente. (fojas 2.4)

Siguiendo al Tribunal Constitucional, desde una perspectiva subjetiva, una vía ordinaria puede ser considerada idónea en dos casos:

- a. Si transitarla no pone en grave riesgo al derecho afectado, siendo necesario evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar "*irreparable*" la afectación alegada (urgencia como amenaza de irreparabilidad)
- b. Si pese a existir un proceso ordinario considerado como «vía igualmente satisfactoria», se evidencia que es necesaria una "*tutela urgentísima*", atendiendo a la "*relevancia*" del derecho involucrado o la "*gravedad*" del daño que podría ocurrir (urgencia por la magnitud del bien involucrado o del daño) (fojas 2.5)

VII. CONCLUSIONES

- El criterio "eficiencia" se ha presentado como paradigma de un nuevo sistema procesal, en el cual, las garantías básicas del proceso, producto de una lucha histórica de la sociedad feudal hacia la sociedad moderna y basada en una igualdad de los sujetos, se transforma hacia la protección de bienes supremos como sería los derechos fundamentales por lo que es comprensible, que en una sociedad donde la cultura está mutando, en la que, la temporalidad, es preferible a la perpetuidad y la relatividad a la certeza, producto de los cambios científicos y nuevas realidades que en instantes superan nuevos paradigmas que en segundos se convierten en lo antiguo, se reclame una justicia más oportuna, ágil, y "eficiente". Pero ello, conlleva de uno u otro modo a la destrucción de los antiguos paradigmas.
- En el caso del proceso, el sistema de tutela diferenciada tiene la consecuencia, que habiendo germinado de forma excepcional para la protección de derechos fundamentales, y justamente debido al fenómeno de expansión y explosión de los derechos fundamentales, ahora están presente en toda actividad del ser humano, ya sea privada, o comercial, particular o con el Estado, por lo

55. GILZANS UZUNAGA, Javier. *Op. Cit.* p. 125.

que este sistema también tiene tendencia a expandirse, devorando y asimilando al antiguo sistema.

- El arbitraje de emergencia se constituye en consecuencia en una forma de tutela urgente fruto de este proceso de cambio, hacia una justicia más rápida, eficaz y oportuna.
- Sin embargo, al respecto se debe tener presente la reflexión de F. OST quien señaló que "más aún futuro paradójicamente sofocado

por la proliferación de medidas jurídicas urgentes y provisionales, huellas apenas perceptible de un derecho efímero, incapaz de orientar el porvenir de manera perdurable⁵⁶, que son el sueño de las ideologías totalitarias de las que el siglo XX ha dado muchos ejemplos que bajo el "vértigo de la entropía" y conduce a la "crisis de la cultura" que es la incapacidad de articular el pasado y el futuro, memoria y proyecto en una cultura que se distingue por el "instantaneísmo" y por la sobre valoración del presente.⁵⁷



56. OST, François. *Op. Cit.* p. 10.

57. OST, François. *Op. Cit.* p. 14