



U A I

# Universidad Abierta Interamericana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARRERA DE ABOGACIA

SEDE REGIONAL BUENOS AIRES - LOCALIZACION NORTE

**“EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES”**

ALUMNO: ALEJANDRO MARIANO LOFREDO

TUTOR: DR. RAMIRO J. CORDOBA

TITULO A OBTENER: ABOGADO

TELEFONO / E-MAIL: 155-753-9888 / [alejandrolofredo@hotmail.com](mailto:alejandrolofredo@hotmail.com)

FECHA DE PRESENTACION: 06 DE MAYO DE 2014

**SOLICITUD DE TUTORÍA PARA TRABAJO FINAL**

Boulogne, XX de Diciembre del 2013.-

Estimado Dr. Ramiro J. Cordoba:

Por medio de la presente, es mi deseo solicitar su ayuda en calidad de tutor para la confección de mi trabajo final.-

El tema será “**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES**”.-

Desde ya muchas gracias, saludo a ud. muy atte.

---

Alejandro Mariano Lofredo

Legajo: 2171.-

**CARTA DE ACEPTACION DEL TUTOR**

Boulogne, XX de Diciembre del 2013.-

**Universidad Abierta Interamericana**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**S / D**

Por medio de la presente, hago de su conocimiento, que ante la solicitud del alumno: Alejandro Mariano Lofredo, D.N.I. N° 28.615.427, Legajo N° 2171, acepto el compromiso de ser su TUTOR ACADÉMICO en el desarrollo del trabajo final titulado: “**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES**”, para obtener el título de ABOGADO, hasta su presentación y evaluación.-

Atentamente.

---

**Dr. RAMIRO J. CORDOBA.-**

**NOTA DE RESERVA DEL TEMA**

RE: Reserva de 7HPD

Marilina.Miceli@UAI.edu.ar ([Marilina.Miceli@UAI.edu.ar](mailto:Marilina.Miceli@UAI.edu.ar))

Jueves, 08 de Agosto de 2013 02:38 p.m.

Para: alejandrolofredo@hotmail.com

Tema reservado. Atte.

Dra. Marilina Miceli

Secretaria Técnica.

Facultad de Derecho y Cs. Políticas

Universidad Abierta Interamericana

Tel. 4342-7788 int.139 Fax 4342-7654

**De:** Alejandro Mariano Lofredo [<mailto:alejandrolofredo@hotmail.com>]

**Enviado el:** Jueves, 08 de Agosto de 2013 01:58 p.m.

**Para:** Miceli, Marilina

**Asunto:** Reserva de Tema

**Importancia:** Alta

**Estimada Dra. Marilina Miceli:**

Me pongo en contacto con ud. para reservar el tema para la presentación de la tesis con fecha 6 de Mayo de 2014, el tema y tutor se lo detallo a continuación:

- **TEMA: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS LAUDOS ARBITRALES.-**
- **TUTOR: Dr. Ramiro J. Cordoba.-**

Saludo a ud. muy atte.

*Alejandro Mariano Lofredo*

*Alumno UAI Norte*

*“No busques la conquista en el éxito,  
sino en la búsqueda de la verdad”.<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> SOCRATES (469-399 a.C.).

**DEDICATORIA**

A mi madre Gladys, por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, su enseñanza, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido llegar al final de este camino tan largo, pero más que nada, por su amor.

A mi difunto padre Jorge, por haber sido un ejemplo de vida, respeto, responsabilidad y constancia, que lo caracterizaron y que me ha infundado, por el valor mostrado para salir adelante siempre, todo eso que me ha permitido ser una persona de bien y por su amor eterno.

A mi abuela paterna Julia, que es mi segunda madre, que desde el fallecimiento de mi padre ocupó un lugar más importante que nunca en mi vida y generó esa motivación constante para que terminara los estudios.

A mis hermanos María Alejandra y Alan, por estar “siempre”.

A mi sobrino Benjamín, que es la mayor alegría de mi vida.

A mi tía Luisa, y a mis primas Andrea y Mariela, que son como mis hermanas.

A mi abuela materna María Elisa, por estar siempre pendiente de “todo”.

A mi pareja Natalia por darme el incentivo necesario para concluir la carrera.

A mi amigo Gabriel Lanzavechia por haberme ayudado a realizar este trabajo.

A mis maestros en general, que en todo momento me dieron su apoyo y motivación, por el tiempo compartido y sus enseñanzas diarias que impulsan el desarrollo de nuestra formación profesional.

Y a todos los que, directa o indirectamente, participaron y/o colaboraron en la elaboración de este trabajo final.

**AGRADECIMIENTOS**

Al finalizar un trabajo tan largo y lleno de dificultades como ser el desarrollo de un trabajo final, es inevitable realizar un análisis objetivo que me muestra inmediatamente que todo ello no hubiese sido posible sin la participación de personas que han facilitado las cosas para que el mismo llegue a un final feliz. Por ello, es para mí un verdadero placer utilizar este espacio para ser justo y consecuente con ellas, expresándoles mis más sinceros agradecimientos.

Debo agradecer de manera especial y sincera al Profesor Dr. Ramiro J. Cordoba por aceptar ser mi tutor para realizar este trabajo final bajo su dirección, su apoyo y confianza en mí y su capacidad para guiar mis ideas han sido un aporte invaluable, no solamente en el desarrollo del mismo, sino también en mi formación como investigador.

Las ideas propias, siempre enmarcadas en su orientación y rigurosidad, han sido la clave del buen trabajo que hemos realizado juntos, el cual no se puede concebir sin su siempre oportuna participación. Le agradezco también el haberme facilitado siempre los medios suficientes para llevar a cabo todas las actividades propuestas durante el desarrollo de este trabajo final. Muchas gracias Profesor, y espero verlo pronto en tribunales.

Quiero expresar también mi más sincero agradecimiento al Dr. Gabriel Lanzavechia por su importante aporte en este trabajo. Debo destacar, por encima de todo, su amistad y paciencia. Gracias por todo amigo mío.

Y por último, al Dr. Alejandro Laje y al Profesor Geovanni Serrano, que me enseñaron la metodología de la investigación jurídica para poder llevar a cabo el presente trabajo.

A todos ellos, muchas gracias.

### **RESUMEN**

Esta investigación está abocada al análisis del control de constitucionalidad que ejercen los árbitros a través de los laudos arbitrales.

Como es sabido, de la misma manera que las partes pueden resolver sus conflictos por medio de acuerdos voluntarios, no es menos cierto que pueden someterlos a la decisión de árbitros en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En pocas palabras “no se quebranta el derecho a ser juzgado por los jueces naturales cuando se ha convenido someter la cuestión a los árbitros, sin vicio alguno de consentimiento, en materias admitidas legalmente”.<sup>2</sup>

Además las partes pueden convenir, con los mismos fundamentos y de la misma forma que someten la controversia a arbitraje, que el laudo arbitral que ponga fin al conflicto sea definitivo e inapelable, renunciando de ésta manera a la apelación del mismo.

De esta manera queda claro que, los árbitros sustituyen el juicio jurisdiccional por otro convenido por las partes y aceptado por la ley. Que en tal función los árbitros distan de actuar como mandatarios de las partes, desempeñan una actividad común a la que ejerce el juez, esto es, la función de juzgar. En ejercicio de la misma dirimen un conflicto transable, que no afecte al orden o la seguridad pública, ni los intereses de terceros, así el árbitro falla, por así autorizarlo el ordenamiento jurídico, y lo hace como un juez oficial, aplica el derecho objetivo a un caso concreto, con las mismas facultades que la Constitución y las leyes otorgaron a los jueces estatales, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del “imperium”<sup>3</sup> para hacer ejecutar sus decisiones, del que disponen los jueces pero no los árbitros. Ello explica los efectos de derecho público del laudo, vale decir la cosa juzgada y su ejecución procesal.

---

<sup>2</sup> SCBA, 28/7/77, Ac. 23.074.

<sup>3</sup> Término jurídico latín (imperium) que designaba en la Antigua Roma la potestad de los magistrados delegada por el pueblo a través de la lex imperium la cual le otorgaba los derechos de utilizar la coerción y las fuerzas públicas para el cumplimiento de su oficio.



La cosa juzgada impide revisar el derecho decidido y, en consecuencia, alegar hechos o presentar pruebas de manera posterior a la autoridad conferida por la preclusión de las cuestiones, sea la sentencia o el laudo. En consecuencia es clásica jurisprudencia que no pueden oponerse defensas fundadas en hechos anteriores.

En éste mismo sentido el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación considera a los árbitros “jueces árbitros” -artículo 736-; prevé un régimen de recusación similar al de los jueces -artículo 746 y 747-; observarán las formas del juicio ordinario o sumario -artículo 751-; votarán en definitiva como magistrados para pronunciar el laudo -artículo 754 y 757-, contra el cual procederán los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces -artículo 758-; y de no cumplirse con lo ordenado en el laudo, la resolución, en cuanto a su ejecutoriedad, es colocada en un pie de igualdad con las sentencias judiciales -Artículo 499-.

En ese sentido en un voto del juez de la Corte Suprema de la Nación Dr. Tomás Casares se lee: “Que las sentencias arbitrales regularmente pronunciadas tienen el valor y los efectos de las sentencias judiciales. Lo que la ley permite someter a árbitros es como si se sometiera al juicio de los jueces con quienes se constituye en el Estado la autoridad o Poder Judicial. Las sentencias de los árbitros hacen cosa juzgada, con todos sus efectos. Y todos los efectos de la cosa juzgada provienen de que es un acto de autoridad en sentido propio y riguroso. La autoridad de los árbitros es, en éste orden de consideraciones, análoga a la de los jueces. Y la de unos y otros consiste en ser ejecutores de la autoridad de la ley”.<sup>4</sup>

Pero el problema planteado es: ¿qué sucede si en el laudo arbitral se declara la inconstitucionalidad de una norma?, o en otras palabras, ¿puede un árbitro declarar la inconstitucionalidad de una norma?.

Para evitar conclusiones prematuras debe tenerse en cuenta que la función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, que conforme a la forma republicana de gobierno -basada en la división, control y equilibrio de los poderes-, encomienda dicha función al Poder Judicial -único de los tres poderes que no es político-, considerado un Poder del Estado se considera imprescindible la independencia del mismo -fundada en

---

<sup>4</sup> CSJN, 5/3/1953, “Susana Carlota Pacheco Santamarina de Bustillo c/ Café Paulista”, Fallos 225:135.

los principios de estabilidad o inamovilidad de los jueces y el de intangibilidad de las remuneraciones-.

El Poder Judicial tutela la supremacía de la Constitución -las normas inferiores deben subordinarse a las superiores, y todas a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales referidos a Derechos Humanos de jerarquía constitucional- en su defecto, como órgano de control que asegura la supremacía constitucional, declara la inconstitucionalidad de la norma.

Al respecto debemos tener en cuenta lo decidido en Álvarez Moser "... la declaración de inconstitucionalidad de una ley -acto de suma gravedad institucional- exige que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable. Sólo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces...".<sup>5</sup>

Para llegar a una conclusión respecto del problema jurídico planteado y, confirmar o refutar, la hipótesis de la presente obra, tomaré como referencia el análisis de doctrina, la opinión y los fundamentos de los jurisconsultos más relevantes sobre el tema en cuestión, y, me basaré en el estudio de varios fallos judiciales que se originaron como consecuencia de laudos arbitrales que, en su contenido, declaran la inconstitucionalidad de una norma, así como también el derecho y la jurisprudencia comparada respecto de las facultades de los árbitros confrontándola con las de los jueces en cuestiones que planteen el control de constitucionalidad de una norma, y la validez del laudo emanado, cuando en él se declara la inconstitucionalidad de una norma.

Finalmente, esbozaré una propuesta como la solución más conveniente al problema planteado.

---

<sup>5</sup> CSJN, 4/9/2007, "Álvarez Moser, Juan Jorge c/ Bianchini, Roberto Ángel s/ Recurso de Hecho", del dictamen de Procurador General al que se adhirió la Corte quien citó la doctrina, entre otros, de Fallos 308:1361; 313:410; 324:2248; 325:2600; 327:4495.

**TEMA**

El control de constitucionalidad de los laudos arbitrales.

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO RELEVANTE**

En pleno uso de la autonomía de la voluntad<sup>6</sup>, las partes pueden convenir una cláusula compromisoria de arbitraje para resolver las posibles controversias que pudieran suscitarse como consecuencia de una relación jurídica.

El artículo 758 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ubicado en el Libro Sexto “Proceso Judicial” - Título I “Juicio Arbitral” que refiere a los “Recursos” establece que: “Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso.”

Cabe aclarar que sólo proceden contra el laudo arbitral los recursos de apelación y nulidad, aunque también es admisible el de aclaratoria.

Pero como bien indica el transcripto artículo las partes pueden también convenir, con los mismos fundamentos y de la misma forma que someten la controversia a arbitraje, que el laudo arbitral que ponga fin al conflicto sea definitivo e inapelable, renunciando de ésta manera a la apelación del mismo.

Así lo establece el artículo 741 del mismo cuerpo normativo que refiere a las “Cláusulas Facultativas”, cual versa lo siguiente: “Se podrá convenir, asimismo, en el compromiso: [...] 5) La renuncia del recurso de apelación y del de nulidad, salvo los casos determinados en el art. 760.”. Lo cual, como expresé, constituye una facultad de las partes dentro del acuerdo compromisorio, pero el mismo artículo nos remite al 760 que refiere a la “Renuncia de recursos. Aclaratoria. Nulidad” que establece: “Si los recursos hubieren sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna.

---

<sup>6</sup> El principio de autonomía de la voluntad se encuentra contenido en el artículo 19 (primera parte) de la Constitución Nacional cual versa: “Las acciones privadas de los hombres que en ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.” El concepto está íntimamente asociado con la idea de libertad y de la imposición de una manifestación de esa libertad como es el contrato, con efecto de ley a sus autores. El artículo 1197 del Código Civil establece que el contrato es la ley de las partes. Consagra la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación. Esta norma enuncia el principio pacta sunt servanda, que representa la idea de que “la palabra dada libremente por las partes debe ser respetada”. Sin embargo, este principio encuentra dentro de nuestro ordenamiento jurídico limitaciones tales como, el ejercicio regular de un derecho (artículo 1071 del Código Civil), el orden público, la moral y las buenas costumbres (artículos 21 y 953 del Código Civil).

La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible.

Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente.”.

La doctrina tiene dicho que, es irrenunciable la interposición del recurso de aclaratoria, por la plenitud y precisión exigidas a todo acto decisorio; y lo mismo respecto del recurso de nulidad pero fundado en la causal de “falta esencial del procedimiento”<sup>7</sup>, en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos, y el artículo 761 agrega como causal de nulidad: el contener en la parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí.

En tal sentido el artículo 499 del citado código ubicado en su Libro Tercero “Procesos de ejecución” - Título I “Ejecución de sentencias” - Capítulo I “Sentencias de tribunales argentinos” que refiere a las “Resoluciones ejecutables” establece que: “Consentida o ejecutoriada la sentencia de un (1) tribunal judicial o arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla, a instancia de parte, de conformidad con las reglas que se establecen en este capítulo...”. Claramente el artículo transcrito, llegado el caso de la ejecución de una sentencia, pone en un pie de igualdad la sentencia emanada de un tribunal judicial y el laudo emanado de un tribunal arbitral.

El problema jurídico que se plantea es, suponiendo que las partes convienen someter la solución pacífica de un conflicto a un árbitro, al cual el ordenamiento jurídico lo enviste de las facultades necesarias para resolverlo, ¿qué sucede si en el laudo arbitral se declara la inconstitucionalidad de una norma?, o en otras palabras, ¿puede un árbitro declarar la inconstitucionalidad de una norma? Máxime si las partes,

---

<sup>7</sup> La “falta esencial del procedimiento” como causal habilitante de la invalidación de un laudo arbitral no es otra cosa que la existencia de vicios de orden formal que pudiesen haber afectado la garantía de regularidad del contradictorio (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, 1987, Ed. Astrea, T. III, pág. 545). A su vez, la proponibilidad de esa causal nulificatoria se halla subordinada a la presencia de los requisitos procesales necesarios para impetrar una nulidad: existencia de defecto formal o ineficacia del acto (que en el caso de la nulidad del laudo arbitral debe ser esencial, con afectación de la defensa en juicio), el interés jurídico en la declaración y actuación no convalidada (Falcón, Enrique M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, 1986, Ed. Abeledo-Perrot, T. IV, pág. 652).

mediante cláusula arbitral, estipulan que el laudo arbitral que dé fin a la controversia será definitivo e inapelable.

## **HIPÓTESIS DEL TRABAJO**

La presente hipótesis se ha realizado en base al problema jurídico planteado, es decir: ¿qué sucede si en el laudo arbitral se declara la inconstitucionalidad de una norma?, o en otras palabras, ¿puede un árbitro declarar la inconstitucionalidad de una norma?

Afirmo lo siguiente:

El árbitro no debe poseer la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma, por ser el control de constitucionalidad una atribución del Poder Judicial -conforme interpretación conjunta de los artículos 31, 43 y 116 de la Constitución Nacional o por Recurso Extraordinario Federal del artículo 14 de la Ley N° 48<sup>8</sup>-, y sostengo que la misma es indelegable.

La declaración de inconstitucionalidad de una norma es considerada “última ratio” del orden jurídico, porque constituye un acto de suma gravedad institucional. Considero que ésta facultad tan delicada en manos de privados o terceros ajenos al Poder Judicial puede, eventualmente, afectar el orden público.

Más aún si en la cláusula compromisoria las partes pueden estipular que el laudo arbitral que dé fin a la controversia será definitivo e inapelable. Y que los Reglamentos de arbitraje de las instituciones administradoras de estos procedimientos prevén también la irrecurribilidad del laudo que se dicte bajo sus términos, por ser el mismo un procedimiento en el que las partes se apartan voluntariamente del sistema estatal de solución de conflictos y ser, en consecuencia, de naturaleza convencional.

En síntesis, si la cuestión a dirimir se refiere a la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma, sostengo que le debe estar vedado al árbitro expedirse sobre el tema, debiendo excusarse de oficio o a pedido de

---

<sup>8</sup> El primer antecedente del control de constitucionalidad, tal como lo conocemos en la actualidad, data de un leading case de la Corte Norteamericana del año 1803 caratulado: “Marbury v. Madison”. En nuestro país, siempre el control de constitucionalidad de las normas ha sido una atribución judicial, como resultado de la construcción jurisprudencial a partir del caso de la Corte Suprema de Justicia del año 1865 caratulado: “Mendoza, Domingo c. Provincia de San Luis”.

parte, remitiendo el expediente o las actuaciones para que tramiten ante el juez a quien habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiere sometido a arbitraje.



### **MOTIVACIÓN**

En los tiempos que corren, el dilema de mantener la paz social es un camino cada vez más intrincado dado los grandes cambios socio-culturales, la creciente concentración de población en grandes ciudades, el incesante avance de la tecnología, el gran incremento en las relaciones comerciales internacionales, entre otros, que han provocado la generación de nuevas necesidades por parte de la sociedad debido al colapso de las estructuras que el Estado provee para dirimir los conflictos que se susciten entre los particulares.

Consecuentemente la mayoría de los países han comenzado a aceptar y hasta fomentar la utilización de medios alternativos de solución de conflictos como la herramienta perfecta para descongestionar el funcionamiento del sistema judicial y a su vez asegurar a los ciudadanos el libre acceso a una justicia eficiente, elegida por las mismas partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, con el fin de resolver cuestiones litigiosas que versen acerca de sus derechos disponibles.<sup>9</sup>

Actualmente existe un Proyecto de Código Civil y Comercial que es impulsado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto N° 191/2011, el cual creó la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, integrada por el Doctor Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente, y las Doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. El proyecto tiene como finalidad la unificación de los Códigos vigentes en las materias Civil y Comercial, en tanto ambos sustancialmente regulan las relaciones de los particulares entre sí y se rigen por el principio conmutativo de “dar a cada uno lo suyo”<sup>10</sup>, conjuntamente con la recepción de las reglas y principios constitucionales de nuestro Estado, social y democrático de derecho, con las correspondientes incorporaciones y jerarquizaciones llevadas a cabo con la reforma

---

<sup>9</sup> Cfr. Caivano, Roque J., “Arbitraje”, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2000, 2da. ed., pág. 25.

<sup>10</sup> Ulpiano, Domicio, fue uno de los juristas más destacados del imperio romano, la frase en latín es “Suum Cuique Tribuere” y define a la justicia como la constante y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo o lo que le es debido. En otras palabras, quién hace lo que las leyes mandan, cumple con dar a cada uno lo suyo. Cumplir los contratos, guardar los pactos, reconocer los derechos de los demás están ínsitos en el dar lo suyo a cada cual.

constitucional de 1994, como así también la adecuación de las soluciones a la realidad social actual, ya que ambos Códigos son de antigua data.

El proyecto ha incluido la adecuación e incorporación de normas en una amplia y diversa temática, y más específicamente en el ámbito contractual, con la finalidad de brindar seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

En el Título IV “De los contratos en particular” del Libro Tercero “De los Derechos Personales”, se ha incluido, entre las modernas formas de contratación, al arbitraje. Es importante destacar que el proyecto regula lo que comúnmente se llama arbitraje privado o comercial. En otras palabras, el contrato celebrado entre particulares para resolver conflictos originados en un contrato privado que se resolverán conforme al derecho privado que resulte aplicable al caso en cuestión.

Dentro de esa ambiciosa finalidad el proyecto ha sido influenciado por la moderna legislación internacional a fin de acompañar la dinámica comercial actual y brindar valiosas herramientas y soluciones contemporáneas a antiguos problemas, como ser el arbitraje privado o comercial considerado hoy como una herramienta de extraordinaria utilidad en el desarrollo de las relaciones comerciales, para la proyectada regulación del mismo se contó con el aporte de numerosos especialistas.

El proyecto prevé la incorporación de la regulación del Contrato de Arbitraje como Capítulo 29 dentro de los Contratos en particular y abarca los artículos 1649 a 1665, se proyecta una reglamentación básica del arbitraje en sus planos convencionales y da lugar a un amplio juego de la autonomía de la voluntad.

Entre los fundamentos del anteproyecto presentado por la Comisión, en lo que atañe al arbitraje, expresaba lo siguiente: “El arbitraje se ha desarrollado internacional y nacionalmente como un modo de resolver litigios y su aceptación es creciente en los usos y prácticas de nuestro país. Ello justifica que se lo regule como contrato, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores.

Este instituto se ha desarrollado en varias materias diferentes, existen arbitrajes en materia laboral, conflictos en las relaciones de consumo, comercial, y otros. Sin embargo, cabe tener en cuenta que cada uno de ellos responde a principios y reglas muy disimiles y no es posible aplicar un modelo único. Por esta razón, el contrato de

arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada se aplica, fundamentalmente en los conflictos comerciales y en aquellos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales.

La fuente del articulado es el código civil de Quebec, la Ley Modelo CNUDMI<sup>11</sup> y el reciente decreto francés de enero 2011, aunque los principios que recoge son hoy prácticamente universales.

Se establece que hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Se precisan las clases de arbitraje, su autonomía respecto del contrato con el que se relaciona, la habilitación de la competencia de los árbitros.

Se permite que el contrato faculte a los árbitros a adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares y preliminares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, pero su ejecución se hará por el tribunal judicial. Las partes también podrán solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

En cuanto a los efectos, el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias

---

<sup>11</sup> La sigla CNUDMI significa Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, conocida también por sus siglas en inglés UNCITRAL. El 21/7/1985 adoptó la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional.

sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no estuviera aun conociendo de la controversia, y el convenio pareciera ser manifiestamente nulo o inaplicable.

Se consagra una regla interpretativa del contrato: en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje. Ello es consistente con el principio hermenéutico de conservación.

También se contempla la posibilidad del arbitraje institucional. Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras regirán todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

Se definen las cláusulas facultativas, la designación de los árbitros, las calidades de los árbitros, la nulidad de la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros, las obligaciones de los árbitros, su recusación, retribución, y extinción de su competencia.

En la regulación propuesta para la reforma de la ley de sociedades comerciales, hay normas sobre arbitraje específicas, que no son incompatibles con las presentes”<sup>12</sup>.

Posteriormente recibió varias modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional, pero afortunadamente no se tocaron los artículos que corresponden al arbitraje -con excepción de los referidos al arbitraje en la regulación propuesta para la reforma de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales-,<sup>13</sup> ahora le corresponde al Congreso, pero por el momento solo obtuvo media sanción en la Cámara de Senadores y debido a las modificaciones fue girado a la Cámara de Diputados para su análisis, aprobación y finalmente, para convertirlo en ley; algunos aseguran que entrará en vigencia el 1 de

---

<sup>12</sup> Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Punto XX “Arbitraje”, Título IV “De los contratos en particular”, Libro Tercero “De los Derechos Personales”, disponible en: [http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_DE\\_CODIGO\\_CIVIL\\_Y\\_COMERCIAL\\_DE\\_LA\\_NACION.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf), págs. 211 a 213.

<sup>13</sup> Cfr. “Anexo - Modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional al Anteproyecto de reforma del Código Civil elaborado por la Comisión de Reformas - Decreto N° 191/2011”, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-PEN.pdf>, págs. 16 a 18.

enero de 2016 pero nada es concreto, la historia nos ha dejado una larga lista de proyectos<sup>14</sup> que sólo quedaron en eso, “proyectos”.

Considerando que en nuestro país carecemos de un código de fondo vigente o ley especial que regule el contrato de arbitraje con respecto a su objeto, causa, forma, la capacidad para celebrarlo, autonomía, las controversias excluidas, su competencia, las cláusulas facultativas, la organización, reglas, alcance y efectos de los laudos, entre otros aspectos, de los cuales sólo algunos se encuentran regulados actualmente y de forma incompleta por el Código Procesal Civil y Comercial, pero que claramente materias como: sujeto, capacidad, consentimiento, objeto, causa, forma, etc., constituyen materias de derecho de fondo y no de derecho procesal. Esto ocurre a falta de una ley especial propia del arbitraje, como tienen otros países americanos y de los demás continentes inspirados en la Ley Modelo CNUDMI; más aún teniendo en cuenta que, de los países de la región, sólo Argentina y Uruguay no tienen legislación de fondo sobre arbitraje<sup>15</sup>.

Sin duda, el arbitraje en la actualidad, se ha convertido en el principal medio de resolución de conflictos mercantiles, y teniendo en cuenta la potestad de las partes para convenir mediante una cláusula compromisoria que el laudo será definitivo e inapelable.

---

<sup>14</sup> En 1926 un anteproyecto de autoría de Juan Antonio Bibiloni; en 1936 una comisión utilizó el anteproyecto redactado por Bibiloni y presentó un proyecto; en 1954 un anteproyecto redactado bajo la dirección de Jorge Joaquín Llambías; en 1987 un proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación; en 1993 un proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación; en 1993 también un proyecto preparado por la Comisión creada por Decreto N° 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional; y por último, en 1998 el Proyecto preparado por la Comisión honoraria creada por Decreto N° 685/95 del Poder Ejecutivo Nacional.

<sup>15</sup> Regulaciones existentes en la región: **Bolivia**, Ley N° 1770 de 1.997 basada en la Ley Modelo CNUDMI; **Brasil**, Ley de Arbitraje N° 9.307 de 1996; **Chile**, Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de 2004 incorporó al derecho chileno la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional; **Colombia**, Ley N° 1.563 de 2012, basada en la Ley Modelo CNUDMI; **Costa Rica**, Ley 8.937 de 2011; **Ecuador**, Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial N° 417 de 14 de diciembre de 2006 (con antecedentes en 1997 y 2005); **Guatemala**, Decreto N° 67 de 1995; **México**, Decreto 22 de junio de 1993 sobre derecho arbitral moderno reforma del Código de Comercio de 1993 y adopción de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, con una reforma en 2011; **Nicaragua**, Ley N° 540 de Mediación y Arbitraje de 2005, publicada en La Gaceta No. 122 del 24 de Junio del 2005; **Panamá**, Ley N° 131 de 2013, publicada en la Gaceta Oficial N° 27449-C el 8 de enero de 2014, basada en los lineamientos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); **Paraguay**, Ley N° 1.879 de 2002, incorporó en gran medida la Ley Modelo de la CNUDMI; **Perú**, Ley Peruana de Arbitraje, Decreto N° 1.071 de 2008; **Venezuela**, Ley de Arbitraje Comercial - Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998. Todos los artículos señalados en esta nota se encuentran publicados en Revista de Derecho Comparado, vol. N° 20, “Arbitraje Comercial. Novedades legislativas”, Bs. As. - Santa Fe, 2012.

¿Qué sucede si en el laudo arbitral se declara la inconstitucionalidad de una norma?, o en otras palabras, ¿puede un árbitro declarar la inconstitucionalidad de una norma?

Cuando me encuentro frente a ésta incógnita sin poder responderla a ciencia cierta, dada la laguna jurídica existente en nuestro ordenamiento debido a la carencia normativa del instituto del arbitraje en nuestro país, entiendo que es de suma necesidad una investigación al respecto, con el fin inmediato de dilucidar la misma, e intentar llegar a conclusiones constructivas que a todas luces demuestren la urgencia existente en nuestra sociedad por una legislación de fondo sobre arbitraje.

En todo lo expuesto encontré su motivación el desarrollo del presente trabajo.

### **MARCO TEORICO GENERAL**

Como es sabido existen diversas posturas que intentan describir la sistemática del mundo del derecho, pero para el desarrollo del presente trabajo final, como así también para la concreción de sus objetivos no basta con la influencia de una sola de esas corrientes, por lo tanto la propuesta del marco teórico general tendrá como base el pragmatismo o pensamiento pragmático.

La palabra pragmatismo proviene del vocablo griego “pragma” que significa acción, acto o hecho.

El pragmatismo es un movimiento filosófico creado a fines del siglo XIX, desarrollado especialmente en Estados Unidos, fundado por Charles Sanders Peirce<sup>16</sup>, y que contó con otros importantes exponentes como John Dewey<sup>17</sup> y William James<sup>18</sup>.

Su aparición se produjo en la década de 1870, tras la guerra civil norteamericana, cuando un grupo de jóvenes intelectuales, entre los que se encontraba Charles Sanders Peirce, intentaron convencer a las personas de que son ellas mismas los responsables de su propio destino.

Pero la palabra “pragmatismo” no fue inventada por la corriente pensadora sino que ya existía y tenía asignado un significado no filosófico, es así que en el siglo XVIII se denominaba al “tratamiento práctico de las cosas”, a finales del siglo XIX “asertividad pedante, dogmatismo, oficiosidad”, actualmente un pragmatista es una persona práctica.<sup>19</sup>

Su concepción de base es que sólo es verdadero aquello que funciona, enfocándose así en el mundo real objetivo. Ya que considera los efectos prácticos de

---

<sup>16</sup> Nació en Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos el 10 de septiembre de 1839 y falleció en Milford, Pensilvania, Estados Unidos el 19 de abril de 1914. Fue un filósofo, lógico y científico. Es considerado el fundador del pragmatismo y el padre de la semiótica moderna.

<sup>17</sup> Nació en Burlington, Vermont, Estados Unidos el 20 de octubre de 1859 y falleció en Nueva York, Estados Unidos el 1 de junio de 1952. Fue filósofo, pedagogo y psicólogo. Y fue junto con Charles Sanders Peirce y William James, uno de los fundadores de la filosofía del pragmatismo.

<sup>18</sup> Nació en Nueva York, Estados Unidos el 11 de enero de 1842 y falleció en Nueva Hampshire, Estados Unidos el 26 de agosto de 1910. Fue un filósofo con una larga y brillante carrera en la Universidad de Harvard, donde fue profesor de psicología, y fue fundador de la psicología funcional.

<sup>19</sup> Cfr. Haack, Susan, “Pragmatism, Old and New”, Prometheus Books, Amherst, Nueva York, 2006, pág. 11.

una teoría como el único criterio válido para juzgar su verdad. En éste orden de ideas el pragmatismo es la búsqueda de las consecuencias prácticas del pensamiento, que se caracteriza por la insistencia en las consecuencias como manera de arribar a la verdad o significado de las cosas.

El pragmatismo se opone a la visión de que los conceptos humanos y el intelecto representan el significado real de las cosas, y por lo tanto se contraponen a las escuelas filosóficas del formalismo y el racionalismo, apartándose de las ideas kantianas acerca de ver las cosas desde el punto de vista de su forma esencial. Basado de algún modo en el principio establecido por Guillermo de Occam, cinco siglos atrás, en la “Ley de Parsimonia” comúnmente llamada “La Navaja de Occam”, según el cual “en igualdad de condiciones, la explicación más sencilla suele ser la correcta”, lo que significa que, cuando dos teorías en igualdad de condiciones tienen las mismas consecuencias, la más simple tiene más probabilidades de ser correcta que la compleja; y es que su movimiento filosófico tenía por objetivo la simplificación, por ello a partir de ese principio correspondió preguntarse en base a “qué” debe medirse la simplicidad; y fue el mismo Occam quien propuso que “*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*”, o sea que los entes no deben multiplicarse sin necesidad, por lo que cuando dos teorías tienen las mismas consecuencias, debe preferirse la teoría que postule la menor cantidad de entes.

El pragmatismo, como corriente filosófica, se divide e interpreta de muchas formas, lo que ha dado lugar a ideas opuestas entre sí, que dicen pertenecer a la idea original de lo que es el pragmatismo. Un ejemplo de esto es la noción de practicidad, determinados pragmatismos se oponen a la practicidad y otros interpretan que la practicidad deriva del pragmatismo. Esta división surge de las nociones elementales del término pragmatismo y su utilización.

Esta corriente filosófica también sostiene que, sólo en el debate entre organismos dotados de inteligencia y con el ambiente que los rodea es donde las teorías y datos adquieren su significado. Rechaza la existencia de verdades absolutas, las ideas son provisionales y están sujetas al cambio a la luz de la investigación futura.



Como es sabido, no todas las ciencias utilizan el mismo método para justificar sus afirmaciones, por ejemplo, si la mayoría de sus enunciados son proposiciones sintéticas se deduce que su conocimiento sea fundamentalmente a posteriori, por lo que recurren a la experiencia para lograr su justificación. Dentro del método descripto encaja el pragmatismo, ya que busca establecer un significado a las cosas a través de las consecuencias, se basa en juicios a posterioridad y de esa forma evita todo prejuicio. Lo que se considere práctico o no, depende del considerar la relación entre utilidad y practicidad. En General, para las diversas formas de pragmatismo, la verdad radica en la utilidad y en el éxito, por lo tanto, todo conocimiento es práctico si sirve para algo, si es posible de realizar. Pero siempre partiendo de que ninguna descripción o interpretación está más cerca de la verdad que otra, algunas de ellas son más útiles para algunos propósitos, y otras para otros.

La reafirmación a tal concepto lo vemos traducido en los trabajos de William James donde esboza que "... la verificabilidad consiste en un sentimiento agradable de armonía y progreso en la sucesión de ideas y hechos, es decir que, al tener tales ideas, éstas se siguen unas de otras y se adecuan también a cada suceso de la realidad experimentada.

Estas ideas verdaderas cumplen una función fundamental: son herramientas útiles para el individuo que lo guían en sus elecciones para dirigirse a la realidad de forma satisfactoria y no perjudicial. Su posesión es un bien práctico; lejos de ser un fin en sí mismo, es un medio para satisfacer otras necesidades vitales...".<sup>20</sup>

Esta línea de pensamiento rechaza las verdades inmutables e inmanentes, por considerar que la verdad depende de lugares y tiempo determinados. Esta postura es fuertemente criticada por ser relativista, ya que se puede interpretar que lo único que le interesa al hombre es lograr identificar cosas que sean útiles, sin importar su sentido o alcance, en resumen, que lo verdadero es lo útil negando el conocimiento teórico en diversos grados; para los más radicales sólo es verdadero aquello que conduce al éxito individual, mientras que para otros, sólo es verdadero cuando se haya verificado con los hechos.

---

<sup>20</sup> James, William, "Pragmatismo: un nombre nuevo para viejos modos de pensar", Ed. Alianza, Madrid, 2000, pág. 188.

Es por todo lo expuesto que para demostrar el problema planteado dentro de nuestro ordenamiento jurídico y su relevancia, el método utilizado será acompañado de un análisis doctrinario y fundamentalmente jurisprudencial, que juega un rol trascendental en el presente trabajo, ya que es la prueba de lo ocurrido en la práctica, y como las opiniones y los fundamentos van cambiando conforme cambian las sociedades y el mundo, ello me permitirá contrastar los fallos con la situación planteada en la hipótesis. Es decir, forma parte de la necesaria praxis a través de la cual se le da significado a las soluciones de situaciones concretas que, como sociedad, establecemos en base a normas. Dicha actividad nos servirá no sólo para corroborar la existencia del problema planteado, sino también para arribar a la solución más conveniente, o bien, esbozar una propuesta para su posible solución.

**OBJETIVOS GENERALES:**

- Realizar una introducción general al tema en base a la problemática planteada, analizando la letra de la Constitución Nacional, así como también el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, entre otras fuentes normativas.-
  
- Investigar las opiniones de los jurisconsultos más relevantes sobre el tema en cuestión.-
  
- Identificar y analizar cuáles son las facultades de los jueces y sus límites con respecto al tema en cuestión.-
  
- Identificar y analizar cuáles son las facultades de los árbitros y sus límites con respecto al tema en cuestión.-
  
- Investigar el derecho y la jurisprudencia comparada, principalmente de países de la región.-

**OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Obtener una cantidad relevante de fallos, a través de los diversos sistemas On-Line.-
  
- Analizar los argumentos manifestados por los jueces.-
  
- Evaluar y reflexionar sobre las consecuencias, raíz del fruto de la investigación.-
  
- Demostrar la necesidad de una ley de arbitraje que limite las facultades de los árbitros con respecto al control de constitucionalidad.-

## **MARCO TEORICO ESPECÍFICO**

### **CAPITULO I: PARTE GENERAL**

#### **1.- La forma republicana de gobierno:**

El vocablo “república” deriva del latín res pública, que significa “cosa del pueblo”. En la Antigüedad, los romanos, hablaban de república queriendo significar que los asuntos de gobierno deben ser transparentes, conocidos y públicos, ya que le interesan a toda la sociedad. Lo que contrastado con la forma republicana actual no sería más que una nota distintiva - me refiero a la publicidad de los actos de gobierno-.

Haré un breve análisis del artículo primero de nuestra Constitución Nacional, el cual se encuentra en su Parte Primera, Capítulo I, el cual establece tres tipos de normas, de las cuales unas contienen declaraciones, otras derechos y otras tantas garantías. El presente artículo es una de las normas que contienen declaraciones; al decir de Gelli: “Pueden definirse las declaraciones como las manifestaciones políticas, económicas, sociales, religiosas, culturales que configuran y perfilan la Nación argentina como entidad social (arts. 15° y 16°); la forma de gobierno y Estado (arts. 1°, 5°, 6° y 22); la relación con la Iglesia Católica (art. 2°); el establecimiento de la Capital del Estado Federal (art.3°); la importancia de la agricultura, la industria y las ciencias y las artes (art. 25).”<sup>21</sup>.

El artículo 1 de nuestra Constitución Nacional establece: “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.”

En principio debemos aclarar que los constituyentes de 1853 no crearon una forma de gobierno, sino que la adoptaron, tomándola del modelo norteamericano al cual le otorgaron perfiles propios.

---

<sup>21</sup> Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-”, Ed. La Ley, Bs. As., 2008, 4ta ed., T. I pág. 13.

La forma republicana está basada en la división, control y equilibrio de los poderes y tiene como fin último la garantía de las libertades individuales. Otras notas que la caracterizan son la publicidad de los actos de gobierno, la responsabilidad de los funcionarios públicos, la periodicidad de los cargos electivos y la igualdad de todos ante la ley.

Existen en nuestra Constitución Nacional tres tipos diferentes de división de poderes. En primer lugar la clásica división tripartita -Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial-. En segundo lugar, la división federal, que establece dos orbitas territoriales de poder -el Federal y Nacional, y el Local o Provincial-. Por último, la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

La teoría de la separación de poderes se acuña en la obra de Montesquieu "L' esprit des lois",<sup>22</sup> en ella proponía que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales fueran ejercidas por diferentes órganos. Dicha división persigue que el poder delegado por los ciudadanos no se encuentre concentrado en una sola persona u órgano, que tiene a su cargo dictar la ley, hacerla cumplir e interpretarla, sino que esté dividido en tres órganos diferentes, pero que implican atribuciones propias y cooperación compartida entre todos ellos, por lo que, si bien están separados, también están íntimamente vinculados y enlazados entre sí, lo que produce un sistema de equilibrio o contrapeso.

Todo el sistema institucional argentino se construyó sobre la base de atribuciones limitadas y relaciones de poder que generan controles recíprocos. En ese sentido la misma Constitución establece prohibiciones expresas a fin de evitar la acumulación de poder, como así también los actos de los gobernantes que violen la división de poderes pueden ser atacados ante los tribunales judiciales y, según los casos, ser declarados nulos e insanables.

A partir de 1930 con el primer golpe de estado del siglo XX y como consecuencia de las crisis económicas y sociales que existían a nivel mundial, se comenzaron a generar mayores demandas sobre el Estado para que intervenga en un

---

<sup>22</sup> Obra en francés que significa "El espíritu de las leyes" (1748) perteneciente al filósofo y ensayista ilustrado Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, donde este recrea en el modelo político inglés - tomado, a su vez, de los germanos - el sistema de separación de poderes y monarquía constitucional, que considera el mejor en su especie como garantía contra el despotismo. Según el autor francés, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial no deben concentrarse en las mismas manos. Se trata de una teoría de contrapesos, donde cada poder contrarresta y equilibra a los otros.

sin número de funciones a fin de garantizar, entre otras cosas, los derechos de segunda generación o derechos sociales, fue así que se transformó ese Estado liberal también conocido como Estado gendarme<sup>23</sup> -que existía hasta éste momento-, en el llamado Estado benefactor o de bienestar<sup>24</sup>. Esa transformación generó que el Poder Ejecutivo maximizara el ejercicio de sus atribuciones. Sin embargo, el mayor problema para el sistema republicano se suscitó con la sanción de decretos denominados de necesidad y urgencia que, siendo materialmente leyes, fueron emanados del Poder Ejecutivo invocando aquella situación de crisis sin norma constitucional que expresamente lo autorizara. Así fue que comenzaron a presentarse casos ante la Corte Suprema para que ésta examinara la compatibilidad de los decretos de necesidad y urgencia con el sistema republicano sostenido por nuestra Carta Magna. Cabe recordar que éstos decretos no fueron reconocidos por la Constitución Nacional hasta la reforma de 1994, y que de todas formas dicha atribución en manos del Poder Ejecutivo es controlada, aunque de un modo leve, por el Congreso y, a su turno, por la Corte Suprema.<sup>25</sup>

### **2.- El Poder Judicial:**

El Poder Judicial es el único de los tres poderes que no es considerado político, cumple la función de controlar a los restantes poderes públicos, moderando su desenvolvimiento político, pero también respecto de los particulares, en la medida en que ellos también ejercen, de acuerdo con las leyes, el poder público.

Al mismo tiempo no deja de ser un tribunal de justicia que se encarga de administrar e impartir justicia, aplicando y, sobre todo, interpretando la ley vigente a los

---

<sup>23</sup> El estado reconoce, respeta formalmente y se concibe como exclusivo protector de los derechos individuales del hombre, pero no ayuda a llevarlos a cabo, ya que adopta un rol pasivo, casi de simple espectador en la vida económica y social de las personas.

<sup>24</sup> El estado es garante de los derechos sociales, interviene activamente para lograr su objetivo, que es el de fomentar la igualdad de oportunidades y lograr un equilibrio económico justo en el que no existan abusos, las necesidades mínimas de las personas, como salud, vivienda y educación son una importante preocupación para el Estado e intentará resolverlas a través de la legislación y la mayor intervención en la vida social y económica de las personas.

<sup>25</sup> Cfr. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-”, cit., T. I págs. 17 a 35; Lonigro, Félix V., “Formación ética y ciudadana”, Ed. Macchi, Bs. As., 2006, 3ra ed., págs. 282 a 283; y Quiroga Lavié, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, Ed. Zavallía, Bs. As., 2007, 4ta ed., págs. 10 a 14.

casos concretos, dirimiendo de manera equitativa, imparcial e independiente, los conflictos de interés entre los particulares, entre éstos y el Estado o entre los órganos de gobierno.

Esta actividad se la denomina función judicial y puede darse de dos formas:

- Judicial jurisdiccional: Resuelve el conflicto entre dos o más partes con intereses contrapuestos.
- Judicial propiamente dicha: No necesita resolver una controversia, sino que se limita a conceder un derecho subjetivo.

Como ya dije al analizar el artículo 1 de nuestra Ley fundamental la Republica Argentina es una país federal, en el cual coexisten dos órdenes jurisdiccionales -uno local o provincial y otro federal y nacional-.

La Justicia federal es un poder del Estado, en concordancia con los siguientes:

- Artículo 31 de la Constitución Nacional: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.”

Éste artículo contiene dos principios sustantivos de nuestro ordenamiento jurídico, por un lado el de supremacía constitucional, y por otro el de jerarquía de las fuentes del derecho. Por lo que además de consagrar la supremacía de la Constitución, particularmente establece la supremacía del derecho federal - formado por la Constitución, los tratados y las leyes nacionales- sobre el provincial -formado por la Constitución y las leyes provinciales- configurando de éste modo esa suerte de pirámide que jerarquiza escalonadamente las fuentes del derecho existentes en nuestro ordenamiento jurídico, ambos principios serán abordados al tratar “La supremacía constitucional”. Pero en resumen, las normas inferiores deben subordinarse a las superiores, y todas a la Constitución Nacional, aunque la teoría llevada a la práctica, por más sencillo y



obvio que parezca, no siempre da buenos resultados. Con el fin de mantener la supremacía de la constitución es que existe el control de constitucionalidad, que si bien el artículo analizado nada dice acerca del alcance de ese control o de los sujetos destinados a impedir la violación de la constitución, el tema será analizado con mayor detenimiento al tratar “El control de constitucionalidad”.

➤ Artículo 116 de la Constitución Nacional: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Art. 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.”

La delegación de facultades realizada por las provincias a la nación le atribuyó al Poder Judicial Nacional ciertas competencias. El artículo aquí analizado consagra las causas delegadas por las provincias para que sean resueltas por la justicia federal, sea la Corte Suprema o los tribunales inferiores -jueces de primera instancia y de las cámaras de apelaciones federales-. Dicho de otro modo, consagra la totalidad de la competencia federal, que intervendrá en razón de la materia, o de la persona involucrada, así por ejemplo, en las que la Nación sea parte, en las que las partes sean las provincias entre sí, o una de ellas contra los habitantes de otra provincia, o habitantes de diferentes provincias, o entre una provincia o sus vecinos contra un habitante extranjero. Aunque también existe la competencia extraordinaria, de la Corte Suprema de Justicia para conocer en las causas que objeten la constitucionalidad de una norma o los actos de una autoridad pública.

➤ Artículo 117 de la Constitución Nacional: “En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a

embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.”

El presente artículo está íntimamente vinculado al artículo 116, analizado ut supra, que consagra la totalidad de la competencia federal, mientras que el 117 viene a filtrar esa totalidad, señalando que en los casos mencionados la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación será ejercida de manera originaria y exclusiva, dejando establecido que para el resto lo hará por la vía de la apelación, del mismo modo que sucede en la competencia extraordinaria. Pero además faculta al Congreso para que reglamente la competencia por apelación, creando las diferentes instancias y distribuyendo la competencia federal correspondiente a los tribunales inferiores en razón de materia, persona y lugar; también compete al Congreso la regulación de la competencia extraordinaria por apelación -atribución ejercida al sancionar, por ejemplo, la Ley N° 48-. En resumen, la competencia de la Corte Suprema, por apelación -sea ordinaria o extraordinaria-, deriva de la Constitución Nacional y de las leyes reglamentarias, sin que éstas puedan suprimirla, ni limitarla de forma irrazonable.

La justicia federal, entonces, tutela la supremacía de la Constitución sobre los derechos de las provincias. Las normas inferiores deben subordinarse a las superiores, y todas a la norma Constitucional. En su defecto, como órgano de control que asegura la supremacía de la Constitución, declara la inconstitucionalidad de leyes o la nulidad de los actos de gobierno.

Con respecto a esa actividad fundamental de conservar la supremacía constitucional, dicho con otras palabras, de controlar la constitucionalidad de las normas, debo aclarar que refiere a la inaplicabilidad de la norma contraria a la Constitución Nacional en el caso concreto. Dicho control de constitucionalidad en nuestro país es difuso, por lo que cualquier juez puede ejercerlo dentro del marco de un juicio, la doctrina actual de la Corte Suprema es que los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma aún cuando ninguna de las partes lo haya solicitado expresamente -entiéndase “de oficio”-, pero en cualquiera de los casos esa declaración tiene un efecto limitado al caso o juicio en que se ha declarado dicha inconstitucional

provocando, como dije anteriormente, la inaplicabilidad de la norma contraria a la Constitución Nacional en el caso concreto, tema que será analizado con mayor detenimiento al tratar “El control de constitucionalidad”.

La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado y que lleva adelante el Poder Judicial, por ello la necesidad de independencia de los restantes poderes, y que consecuentemente sea un poder de funcionamiento permanente, cuyos órganos gozan de estabilidad, y cuyas funciones son indelegables.

Es principalmente un poder independiente de los restantes poderes del Estado, ya que esa es la condición rectora para su correcto funcionamiento, como lo veremos detalladamente en “La independencia del Poder Judicial”. De todos modos no está absolutamente fuera de control, puesto que los tribunales inferiores pueden ser sometidos a un jurado de enjuiciamiento para su remoción, y los miembros de la Corte Suprema de Justicia ante el Senado por medio de un juicio político, por los motivos y del modo que detallaré al tratar la “Remoción de los jueces”.

Si bien he dejado en claro la competencia de la Justicia federal en general, al analizar los artículos 116 y 117, cabe aclarar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación posee tres tipos de competencia:

- Competencia ordinaria por apelación.
- Competencia extraordinaria por apelación.
- Competencia originaria y exclusiva.<sup>26</sup>

### **3.- Estructura del Poder Judicial:**

En virtud de la forma de Estado federal que dispone el artículo 1 de la Constitución Nacional, he dicho que somos una república federal, y con respecto a la estructura del Poder Judicial, la Constitución realiza no sólo una división de poderes de

---

<sup>26</sup> Cfr. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-”, cit., T. I págs. 466 a 480, T. II págs. 439 a 450 y 527 a 570; Lonigro, Félix V., “Formación ética y ciudadana”, cit., págs. 79 a 82 y 299 a 304; y Quiroga Lavié, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, cit., págs. 146 a 152, 564 a 567 y 592 a 605.

un modo horizontal -la tríada de Montesquieu-, sino también una división federal, lo que como ya dije, establece dos orbitas territoriales de poder -una federal y nacional, y otra provincial o local-, que coexisten en el territorio de la República. Los jueces de los “tribunales inferiores” del Poder Judicial Nacional se jerarquizan del siguiente modo:

- Comunes u ordinarios: También denominados “nacionales”, los cuales no tienen diferencias con los jueces locales de las provincias, se los identifica de ésta manera por el sólo hecho de administrar justicia en el ámbito local de la Capital Federal.
- Federales o especiales: Poseen jurisdicción en todo el país e intervienen sólo en las causas mencionadas en el artículo 116 de la Carta Magna.

Con respecto a las provincias, como analizaré a continuación, puedo afirmar que son autónomas, que dictan sus propias leyes -Constituciones locales y legislación inferior- respetando la supremacía de la Constitución Nacional, y que pueden establecer y organizar sus propias instituciones, y regirse por ellas, independientemente del deslinde de competencias que existe entre la Nación y las provincias, y que en ciertos casos esa competencia puede ser: exclusiva, delegada, reservada o concurrente.

Y en concordancia con los siguientes:

- Artículo 5: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones, el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”

En lo que respecta al tema, el presente artículo, le reconoce a las provincias la facultad de dictar sus propias Constituciones, ésta atribución es un claro reconocimiento del poder constituyente derivado, pero quedan obligadas a respetar la forma de gobierno republicana y el sistema representativo en ellas, y serán dictadas teniendo en cuenta la supremacía de la Constitucional Nacional, aunque nada impide a que la declaración de derechos y garantías sostenidos en ella sean ampliados en el orden provincial; impone también a cada provincia la

obligación de asegurar la administración de justicia, por lo que deben organizar su propia justicia -léase justicia local o provincial-, la que a su vez debe resultar independiente de los restantes órganos de gobierno provincial, dado que la división de poderes es esencial para el correcto funcionamiento del régimen democrático. A cuyo fin deberán crear materialmente sus tribunales, distribuir y asignar la competencia local a cada uno de ellos, y disponer las instancias procesales. Al mismo tiempo, la norma, garantiza la autonomía provincial, el goce y ejercicio de sus instituciones, pero su organización en lo esencial debe adecuarse, según los deberes impuestos por el mismo artículo, al diseño constitucional; no obstante ello, no es requisito que sean idénticas a él, pudiendo elegir de los diversos modelos compatibles.

➤ Artículo 75 inciso 12: “Corresponde al Congreso: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”.

En las atribuciones conferidas por el presente inciso al Congreso con respecto a la sanción de leyes comunes -la llamada cláusula de los códigos- y de leyes generales o federales, se produce cierta separación porque, para la cláusula de los códigos que refiere al derecho común que integran los códigos de fondo, la constitución establece la competencia jurisdiccional de los estados locales, si las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción; y por otro lado, el mismo inciso le atribuye al Congreso también el dictado de normas federales referidas a todas las otras materias indicadas: las leyes generales para toda la nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la Argentina; así como sobre bancarrotas,

sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados; y estas leyes suscitan la competencia jurisdiccional federal. La formulación de ésta cláusula ha sido interpretada de modo que, a contrario sensu, las provincias tienen la competencia para dictar los códigos de forma, también llamados de procedimiento, que les permita aplicar el derecho común sancionado por el Congreso en sus respectivas instituciones judiciales. En consecuencia, se le asigna tanto a la Nación como a las provincias la facultad discrecional de organizar sus respectivas jurisdicciones a la hora de aplicar el derecho común. Sin embargo, en cumplimiento de lo normado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional, según lo establecido en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, es requisito para la organización judicial, tanto nacional como provincial, la existencia de la doble instancia judicial en materia penal, cumpliendo de ese modo con la garantía de recurrir ante una segunda instancia, también llamada “doble conforme”, establecida en la mencionada Convención, en el inciso h) del apartado segundo de su artículo 8 llamado “de las garantías judiciales”, cual versa lo siguiente: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”.

Pero la Corte Suprema sostenía que dicha exigencia en Argentina se encontraba cubierta por la existencia del recurso extraordinario, no siendo inconstitucional la inexistencia de una segunda instancia ordinaria, así lo decidió en el caso “Jáuregui, Luciano A.” de fecha 15 de marzo de 1988 que en su parte pertinente la Corte dijo: “Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el art. 8º, apart. 2º, inc. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por la ley 23.054), que establece el derecho de toda persona inculpada por un delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, sólo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella, extremo que se da en el presente

proceso; en casos como el sub examine aquella exigencia se halla por otra parte satisfecha por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte.”.<sup>27</sup>

Coincido con Lavié al expresar que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por parte de la Corte Suprema no era acertada, ya que la Convención exige claramente: “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, es decir, para una revisión integral del fallo, también sobre cuestiones de hecho y derecho común, y no solamente por razones de inconstitucionalidad. En síntesis, el recurso extraordinario no es un medio recursivo amplio en el que pueda replantearse todos los aspectos que hayan sido discutidos a lo largo del proceso, y por ende no satisfacía la garantía requerida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Afortunadamente, con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, en la que se le confirió jerarquía constitucional a una serie de Tratados Internacionales -Artículo 75 inciso 22-, a los cuales se los denominó Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y entre los que se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia, el 7 de Abril de 1995, con el fallo “Girolodi” dio un giro en su postura al sostener que: “... la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo

---

<sup>27</sup> CSJN, “Jáuregui, Luciano A.”, sentencia del 15 de marzo de 1988, considerando 6º del voto de la mayoría.

2° ley 23.054).”. Y concluyo lo siguiente: “Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’ (artículo 8°, párrafo 2°, apartado h, de la Convención).”<sup>28</sup>

➤ Artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”.

Como ya dije al analizar el presente en el tema “El Poder Judicial” éste artículo consagra las causas delegadas por las provincias para que sean resueltas por la justicia federal, sea la Corte Suprema o los tribunales inferiores -jueces de primera instancia y de las cámaras de apelaciones federales-. Dicho de otro modo consagra la totalidad de la competencia federal. La reserva hecha en el inciso 12 del artículo 75 -como ya dije al analizarlo- se refiere a la cláusula de los códigos, en la que se faculta al Congreso Federal respecto de su dictado -como atribución delegada- pero en la que las jurisdicciones locales conservan la aplicación de los mismos por medio de sus instituciones judiciales locales.

➤ Artículo 129: “La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley

---

<sup>28</sup> CSJN, “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995, considerando 5° y 11°



garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

A partir de la reforma de 1994 se le otorgó autonomía institucional a la ciudad de Buenos Aires, con un perfil distintivo y diferenciado de la Capital Federal, de las provincias y de los municipios. Así como ha adquirido personalidad jurídica, independientemente de su condición de Capital Federal de la República Argentina. Teniendo en cuenta las atribuciones y deberes establecidos en la mencionada reforma, la hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires queda situada entre las provincias y los municipios. Puedo decir que es más que un municipio y menos que una provincia. Actualmente posee un órgano ejecutivo en cabeza del “Jefe de Gobierno” elegido por el pueblo, un órgano legislativo conocido como “Legislatura de la ciudad”, un órgano judicial propio -en pleno uso de las facultades propias de jurisdicción otorgadas por el artículo analizado- y una constitución propia denominada “Estatuto Organizativo”. Dicho estatuto llamado también Constitución Estatuyente de la Ciudad de Buenos Aires, fue sancionado el 1 de Octubre de 1996 y jurado el día 10 del mismo mes y año. Ahora, el Estado federal pasaron de ser veintitrés unidades federativas y una Capital Federal, a ser veinticuatro unidades federativas y la Capital Federal está ubicada en una de ellas. En cuanto a la estructura del Poder Judicial, está formado por un Tribunal Superior, el Consejo de la Magistratura, los jueces de las instancias inferiores y el Ministerio Público. Los estatuyentes, cuidaron el pilar de la independencia del Poder Judicial, neutralizando la presión de los partidos políticos en la designación de los magistrados, estableciendo a tal fin el Consejo de la Magistratura -encargado también de promover remociones y de aplicar medidas disciplinarias-, pero para la suspensión o remoción de jueces se utiliza el “Jurado de Enjuiciamiento”, con excepción de los miembros del Tribunal

Superior y de las cabezas del Ministerio Público, quienes pueden ser removidos sólo por juicio político; tema que será tratado en el título “Remoción de los jueces”.

Un tema que merece ser abordado por separado y de manera especial es el control de constitucionalidad regulado por el Estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires, que es ejercido en forma originaria y exclusiva por parte del Tribunal Superior de Justicia respecto de las acciones declarativas de inconstitucionalidad de toda norma local que viole la Constitución Nacional o la Constitución de la Ciudad, dicha declaración de inconstitucionalidad tiene como efecto hacer perder vigencia a la norma, salvo que sea una ley y que la legislatura la ratifique en un plazo inferior a tres meses desde la sentencia declarativa, con los votos de las dos terceras partes de los miembros presentes; lo dicho no altera los efectos de la declaración en cuanto a la inaplicabilidad de la norma al caso concreto. Así lo establece el artículo 113 inciso 2 del Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires: “Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.”

Según mi interpretación éste modelo de control constitucional, donde el efecto de la declaración de inconstitucionalidad no es sólo interpartes o aplicable al caso concreto, sino que su efecto es erga omnes o de nulidad, donde la norma pierde vigencia, se asemeja al control político de constitucionalidad ante las Cortes Constitucionales del derecho europeo, pero dicho control lo analizaré

con mayor detenimiento al abordar el tema “El control de constitucionalidad: En el derecho francés y continental europeo”.

El Poder Judicial tiene como órgano máximo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es el único órgano creado por la Constitución como parte y “cabeza del Poder Judicial”, ya que ejerce la jefatura del Poder Judicial de la Nación.

Así lo establece el artículo 108: “El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”.

Entonces el Poder Judicial de la Nación es un conjunto de órganos que está integrado, por la Corte Suprema de Justicia, los demás jueces y tribunales de las diferentes instancias, que son creados por ley del Congreso, y el Consejo de la Magistratura -según el artículo 1 de la Ley N° 24.937-.

Aunque el artículo 108 de la Carta Magna refiere a la existencia de una Corte Suprema de Justicia no estipula el número de jueces que la deben integrar, quedando la cuestión en manos del Poder Legislativo. Y así fue que, según el artículo 21 del Decreto-Ley N° 1285/58 que fue sustituido por el artículo 13 de la Ley N° 26.853 sancionada por el Congreso en el año 2013, se estableció que la Corte Suprema de Justicia estará integrada por cinco jueces y sus decisiones se adoptaran, según el artículo 23 del Decreto-Ley citado que a su vez fue sustituido por el artículo 1 de la Ley N° 15.271 sancionada por el Congreso en el año 1960, por mayoría absoluta de los jueces que la integran.

El Poder Judicial de la Nación está compuesto por la Justicia Federal y además, por la llamada “Justicia Nacional” de la Capital Federal, que como dije anteriormente la única diferencia es que administra justicia en el ámbito de la Capital federal, pero no deja de ser a nivel “local”, tal como la justicia provincial “común u ordinaria” en sus respectivas provincias, la diferencia es que éstos jueces nacionales son designados por el gobierno nacional, por el Presidente con acuerdo del Senado, y actualmente con una previa participación vinculante del Consejo de la Magistratura. Ahora bien, como dije al analizar el artículo 129 de nuestra Carta Magna, con la reforma constitucional de 1994 a la Ciudad de Buenos Aires le fue otorgada autonomía y facultades propias de

jurisdicción, y esa justicia “Nacional” debería, a mi entender, dejar de ser tal y transferir la totalidad de las competencias locales a la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y no seguir limitando su jurisdicción a las materias de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales, como lo hace el vigente artículo 8 de la Ley N° 24.588, sancionada el 8 de Noviembre de 1995, cual versa lo siguiente: “La justicia nacional ordinaria de la ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación. La ciudad de Buenos Aires tendrá facultades propias de jurisdicción en materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales.”. Un paso en éste sentido fue la Ley N° 25.752, sancionada el 2 de Julio de 2003, por la cual se aprueba el Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la actualidad es un hecho que la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires posee un Fuero con competencia en lo “Penal, Contravencional y de Faltas” -PCyF- y otro “Contencioso, Administrativo y Tributario” -CAyT-. De transferirse el resto de los fueros, como ser Civil, Comercial, y del Trabajo, el Poder Judicial de la Nación sólo estaría compuesto por la justicia federal con competencia y jurisdicción en todo el territorio nacional.

Cabe recordar que en nuestro país coexisten dos órdenes jurisdiccionales: Uno federal y otro provincial, el artículo 108 refiere sólo a la justicia federal, ya que la organización de la justicia provincial le corresponde a las respectivas Constituciones provinciales, aunque la estructura del órgano judicial de una provincia suele ser similar a la organización nacional; así cuando el artículo refiere a los “tribunales inferiores” son todos los juzgados y tribunales federales, excluida la Corte Suprema de Justicia; estos juzgados y tribunales federales son creados y establecidos por ley del Congreso como una obligación para asegurar la garantía del juez natural, a diferencia de los tribunales provinciales que son creados por las mismas provincias, y normalmente se estructuran de este modo:

- Suprema Corte de Justicia.
- Cámaras de Apelaciones.

- Jueces de primera instancia.<sup>29</sup>

#### **4.- La independencia del Poder Judicial:**

La función judicial es una atribución estatal exclusiva, la que éste debe prestar y asegurar a todos los habitantes, garantizando, entre otras cosas, el acceso a la justicia, el debido proceso adjetivo y la defensa en juicio de la persona y sus derechos. A tales fines no basta con que el Estado establezca las instituciones, las organice, les asigne competencia, ni aún con el dictado de las normas de forma, sino que dichas garantías exigen asegurar la justicia; es decir, que las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales sean justas, ya sea por aplicación de la justicia conmutativa, distributiva o social.<sup>30</sup>

Asegurar justicia mediante sentencias justas que reflejen la aplicación y, sobre todo, interpretación de la ley vigente en los casos que se susciten, dirimiendo los conflictos de interés requiere un Poder Judicial independiente e idóneo, que no recibe instrucciones o presiones político-partidarias, ni de los factores de poder, sean económicos o sociales.

Así la independencia del poder judicial es uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho. No solo es importante el Poder Judicial para el correcto funcionamiento de la democracia, sino que es esencial para la paz social, estabilidad política, crecimiento económico y desarrollo sostenible. El Poder Judicial es independiente de los otros poderes y no depende de ningún otro órgano, a fin de lograr su imparcialidad; si no fuera así estarían en peligro los derechos de todos los habitantes.

---

<sup>29</sup> Cfr. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-”, cit., T. I págs. 53 a 60, T. II págs. 174 a 183, 439 a 450, 527 a 562 y 627 a 664; Lonigro, Félix V., “Formación ética y ciudadana”, cit., págs. 109 a 110, 300 a 305 y 313 a 314; Quiroga Lavié, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, cit., págs. 26 a 28, 327 a 339, 564 a 567, 592 a 598 y 631 a 642; Sabsay, Daniel A. - Onaindia, José M., “La Constitución de los argentinos”, Ed. Errepar, Bs. As., 2009, 7° ed., págs. 32 a 34 y 234 a 236.

<sup>30</sup> Cada tipo de justicia es propia de las diversas relaciones que suscitan bs diferentes derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los deberes que ésta impone. Por ejemplo: Las relaciones contractuales se reglan por la justicia conmutativa, las que nacen de la política tributaria por la justicia distributiva, y las que emanan de los derechos sociales o de la protección del medio ambiente por la justicia social.

Tanto es así que las garantías y principios que consagra la Constitución Nacional velan por una correcta e imparcial administración de justicia, ejercida por magistrados íntegros, idóneos, e independientes. Los dos principios básicos para lograr la independencia del Poder Judicial se consagran en el artículo 110 de la Ley Fundamental, cual versa lo siguiente: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.”. Son los principios de: inamovilidad de los jueces e intangibilidad de las remuneraciones.

- **Inamovilidad de los jueces:** Este principio de estabilidad e inamovilidad es la condición fundamental, o dicho con otras palabras, el pilar en que se sustenta la independencia del Poder Judicial y que hace viable el equilibrio de poderes concebido por nuestro sistema republicano de gobierno, en beneficio de todos los habitantes de la Nación, contrapeso sin el cual, no es posible asegurar la vigencia del propio régimen democrático. Esto significa que los jueces conservan su empleo mientras dure su buena conducta, por lo tanto, no podrán ser removidos ni cambiados de sede o grado, salvo que presten su consentimiento.

Al respecto sostiene Ekmekdjian que “existen ciertos contenidos, mal llamados ‘pétreos’, que tienen jerarquía constitucional de mayor nivel, cuya supresión, sería incompatible con todo el sistema constitucional, por ejemplo: la división de poderes (art. 1º, Constitución Nacional), la prohibición de la confiscación de bienes y de la pena de muerte por causas políticas (arts. 17 y 18, Constitución Nacional), la ampliación de los casos de aplicación de la pena de muerte (art. 4º, Pacto de San José de Costa Rica --Adla, XLIV-B, 1250--, incorporado a la Constitución por el art. 75 inc. 22), etcétera. En esta categoría, incluimos también a la inamovilidad de los magistrados judiciales (anterior art. 96, actual art. 110), que no ha sido modificado por la reforma constitucional de 1994”. Y además expresa que dicha inamovilidad “es un principio fundamental de nuestro sistema, porque el Poder Judicial, a través de sus funciones de control

de los otros dos poderes, es el verdadero y único defensor que tiene el ciudadano contra los abusos del poder, que pretenden limitar su libertad.”<sup>31</sup>

De todas formas, recordemos que, por el artículo 99 inciso 4° de la Carta Magna, la inamovilidad de los jueces se ve limitada por la edad de setenta y cinco años, a partir de la cual los jueces para permanecer en el cargo deben ser nombrados nuevamente por el Poder Ejecutivo en base a una propuesta vinculante en terna del consejo de la magistratura, con acuerdo del senado; dicho nombramiento será por un término de cinco años que podrá repetirse indefinidamente por el mismo trámite, aunque existen fallos contrarios al referido inciso con diversos fundamentos y hasta un fallo de Corte declarando de su nulidad, el cual fue fundamentado mediante una rigurosa interpretación gramatical, por parte del Tribunal Supremo, de la Ley N° 24.309 que decretaba la necesidad de la reforma y establecía los puntos habilitados para la misma, que estaría a cargo de la Convención Constituyente de 1994, dentro de los cuales figuraba “la designación de los magistrados federales” y que, según la interpretación que hizo la Convención, allí se encontraba habilitado el tema; pero lo cierto es que el inciso en cuestión, como sostuve al iniciar su análisis, configura, a mi entender, una limitación al principio de inamovilidad de los jueces y poco tiene que ver con la designación de los mismos, ya que el contenido de la reforma no estaba habilitado por la citada ley que en su texto establecía que “serán nulas todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida por la presente ley”, coincido completamente con la interpretación de la Corte y el resuelve del “cuestionado” fallo.

➤ **Intangibilidad de las remuneraciones:** Es un principio constitucional que asegura la no disminución de los haberes de los jueces, también llamada cláusula de compensación, el respeto por este principio es fundamental para la independencia del Poder Judicial y para la forma republicana de gobierno, ya que de esa forma se le permite al juez trabajar libremente, sin amenazas de

---

<sup>31</sup> Ekmekdjian, Miguel Ángel, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, LL. 1999-F, pág. 127.

reducción de sueldo. Y es que su objetivo es evitar las presiones indirectas sobre los jueces, ya sea de los otros poderes o de los intereses económicos.

Éste principio no consagra un privilegio, ni un beneficio exclusivo de carácter personal o patrimonial de los magistrados, sino el resguardo del equilibrio tripartito de los poderes del Estado.

Esta remuneración es fijada por ley, y el concepto constitucional es claro: si bien no puede ser reducida mientras dure el juez en su cargo, sí puede ser aumentada, y hasta puede ser actualizada en épocas de inflación y desvalorización monetaria, pero ello no implica la automática aplicación de cláusulas de actualización monetaria.

Con respecto a las actualizaciones de las remuneraciones, la situación actual de la garantía se ve reflejada en el leading case “Chiara Díaz, Carlos A.”, del 7 de Marzo de 2006, en el que la Corte Suprema sostiene: “Que con arreglo a la doctrina de esta Corte, la garantía de la intangibilidad examinada resulta afectada cuando se produce un ostensible deterioro temporalmente dilatado de las remuneraciones de los magistrados respecto de lo que resulta razonable.”.

La intangibilidad de las remuneraciones es garantía de la independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, conjuntamente con la inamovilidad de los jueces, como garantía del correcto funcionamiento de un poder del Estado.<sup>32</sup>

### **5.- Incompatibilidades de los jueces:**

Los jueces tienen prohibido ocupar ciertos cargos y realizar determinadas tareas, así lo establece la Constitución Nacional en su artículo 34: “Los jueces de las Cortes federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia, ni el

---

<sup>32</sup> Cfr. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-”, cit., T. II, págs. 391 a 392 y 457 a 471; Lonigro, Félix V., “Formación ética y ciudadana”, cit., pág. 308; y Quiroga Lavié, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, cit., págs. 517 a 519 y 568 a 570.



servicio federal, tanto en lo civil como en lo militar de residencia en la provincia en que se ejerza, y que no sea la del domicilio habitual del empleado, entendiéndose esto para los efectos de optar a empleos en la provincia en que accidentalmente se encuentre.”.

El 17 de Diciembre de 1952 la Corte emitía el “Reglamento para la Justicia nacional” mediante una acordada que en su artículo 8 reza: “Obligaciones de magistrados: 1) Residencia vecina.- 2) Reserva de los asuntos de los tribunales.- 3) No evacuar consultas ni dar asesoramiento.- 4) No gestionar negocios de terceros, salvo representación necesaria.- 5) No actuar en política.- 6) Rehusar dádivas o beneficios.- 7) No practicar juegos por dinero ni frecuentar lugares destinados a ellos.- 8) Levantar embargo en un plazo máximo de 60 días.- 9) No ejercer profesiones liberales.- 10) No ejercer actividades lucrativas, salvo autorización. 11) No desempeñar empleos públicos o privados, salvo autorización. Se exceptúa la docencia universitaria.- 12) No practicar deporte de manera profesional.- 13) No participar en asociaciones profesionales, salvo mutuales, y no participar en comisiones directivas, salvo autorización.”.

Con posterioridad el decreto-ley 1285/58, ratificado por la Ley N° 14.467, para la Organización de la Justicia nacional, también estableció prohibiciones e incompatibilidades, como por ejemplo en su artículo 9 que reza: “Es incompatible la magistratura judicial con toda actividad política, con el ejercicio del comercio, con la realización de cualquier actividad profesional, salvo cuando se trate de la defensa de los intereses personales, del cónyuge, de los padres y de los hijos, y con el desempeño de empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios de carácter honorario. No estará permitido el desempeño de los cargos de rector de universidad, decano de facultad o secretario de las mismas. Los magistrados de la justicia nacional podrán ejercer, exclusivamente, la docencia universitaria o de enseñanza superior equivalente, con la autorización previa y expresa, en cada caso, de la autoridad judicial que ejerza la superintendencia. A los jueces de la Nación les está prohibido practicar juegos de azar, concurrir habitualmente a lugares destinados a ellos o ejecutar actos que comprometan la dignidad del cargo”. Y el artículo 8 de la norma citada agrega: “No podrán ser, simultáneamente, jueces del mismo tribunal colegiado, parientes o afines dentro del cuarto grado civil. En caso de afinidad sobreviniente, el que la causare abandonará el cargo”.

### 6.- Remoción de los jueces:

Conforme el artículo 110 de la Constitución Nacional abordado en el tema de “La independencia del Poder Judicial” los jueces conservan su empleo mientras dure su buena conducta, lo que es considerado fundamento del principio de estabilidad e inamovilidad de los jueces, realizando una interpretación del mismo, a contrario sensu, se entiende que pueden ser removidos cuando no persista esa “buena conducta”, y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Nacional donde se establece que pueden ser removidos por las causales de: mal desempeño o delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes. En cualquiera de las tres circunstancias, la remoción del juez será llevada a cabo, en el caso de “los jueces de los tribunales inferiores de la Nación” por un “Jurado de Enjuiciamiento”, estipulado en el artículo 115 de la Constitución Nacional, que estará integrado, según la Ley N° 26.080 del año 2006 modificatoria de la Ley N° 24.937 del Consejo de la Magistratura, por siete miembros -dos jueces que serán de cámara, debiendo uno pertenecer al fuero federal del interior de la República y otro a la Capital Federal, cuatro legisladores, dos por la Cámara de Senadores y dos por la Cámara de Diputados de la Nación y un abogado de la matrícula federal-, y su fallo será irrecurrible. Como dije, éste Jurado de Enjuiciamiento sólo se encarga de remover a los jueces federales de los tribunales inferiores a la Corte Suprema, ya que la remoción de los miembros de la Corte Suprema sólo es posible a través del Juicio Político, establecido en el artículo 53 de la Constitución Nacional, ejerciendo la función acusatoria la Cámara de Diputados, según mismo artículo, ante el Senado que ejercerá la función decisoria, según artículo 59 de la Constitución Nacional, en ambos casos el fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y si así lo fuera quedará sujeto a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios, conforme al artículo 60 de la Constitución Nacional.

### 7.- La supremacía constitucional:

Es inevitable hablar de la supremacía constitucional sin comenzar citando el fallo que constituyó un antecedente de suma importancia para el sistema difuso de control de constitucionalidad adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, pertenece al leading case de “Marbury vs Madison” del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, data del año 1803 y entre los tantos párrafos relevantes destaco el siguiente: “Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que el Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo de limitar un poder ilimitable por naturaleza.”<sup>33</sup>

Como vengo sosteniendo la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios y, por ende, controla cualquier ley contraria a aquella. Podemos decir que una ley contraria a la Constitución no es ley. Todo el ordenamiento jurídico debe sujetarse a ella, así también las autoridades deben sujetar y limitar su accionar a las disposiciones que ella contiene.

Como bien expresa el Dr. Lonigro: “En los países que se respeta la supremacía de la Constitución, rige plenamente el ‘Estado de Derecho’ y existe estabilidad institucional.”

Recordemos que el artículo 31 de nuestra Carta Magna reza lo siguiente: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones

---

<sup>33</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 24/02/1803, “Marbury vs Madison”.

provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859.”.

Como expresé anteriormente, éste artículo contiene dos principios sustantivos de nuestro ordenamiento jurídico, por un lado el de supremacía constitucional, y por otro el de jerarquía de las fuentes del derecho.

Nos encontramos con que actualmente junto a la Constitución Nacional y a las leyes de la Nación, se encuentran incorporados los tratados internacionales como ley suprema de la Nación, esa idea de supremacía responde a un sistema jurídico que obedece a una Constitución rígida, o sea que no puede ser modificada o derogada por un proceso ordinario. Ahora bien, si al texto lo analizamos conjuntamente con el artículo 75 inciso 22 jerarquizamos a los tratados internacionales referidos a Derechos Humanos a un nivel Constitucional, éstos en conjunto con la Constitución Nacional forman lo que algunos autores denominan bloque de constitucionalidad; y al resto de los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede, sumado a los tratados de integración<sup>34</sup> a los que se refiere el inciso 24 del mismo artículo tienen jerarquía superior a las leyes. Queda configurada de éste modo la pirámide que jerarquiza escalonadamente las fuentes del derecho existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Las normas inferiores deben subordinarse a las superiores, y todas a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales referidos a Derechos Humanos de jerarquía constitucional. Pero la supremacía constitucional debe tener una garantía efectiva, sino se convierte en una simple hoja de papel, es como si no existiera. Con el fin de mantener la supremacía de la constitución es que existe el control de constitucionalidad que será tratado a continuación.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Son aquellos tratados que hacen a los procesos de integración, como por ejemplo el MERCOSUR; por medio de ellos se establecen acuerdos entre países soberanos de carácter político y/o sociales y económicos en el mundo globalizado, para crecer en vistas a la cooperación y solidaridad aunando fuerzas y potenciando recursos, en una economía de mercado libre, formando personas jurídicas de carácter internacional con competencia sobre los estados miembros.

<sup>35</sup> Cfr. Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-”, cit., T. I, págs. 466 a 480; Lonigro, Félix V., “Formación ética y ciudadana”, cit., pág. 79; y Quiroga Lavié, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, cit., págs. 146 a 152.

### 8.- El control de constitucionalidad:

“Según ha sido conceptualizado por la doctrina y la jurisprudencia, el control de constitucionalidad es una atribución conferida a un órgano del Estado para discernir si los actos de los restantes poderes públicos se ajustan al texto de la Carta Fundamental -que es el eje normativo en torno al cual debe desarrollarse la actividad de los distintos departamentos de gobierno- y en su caso, ordenar su adecuación. La tarea de control procura resguardar la "soberanía constitucional" sobre la cual reposa el sistema republicano y democrático (confr. art. 31 de la Constitución Nacional).”<sup>36</sup>

A lo largo de la historia en el mundo se desarrollaron dos teorías referidas al rol del Poder Judicial dentro del Estado y al alcance de sus atribuciones. Principalmente refieren a la facultad del órgano jurisdiccional para declarar la inconstitucionalidad de una norma, también llamado control de constitucionalidad. Pero ambas corrientes son muy diferentes, analicemos en profundidad la Francesa y la Norteamericana:

#### ➤ **En el derecho francés y continental europeo:**

La Corriente Francesa se originó con la Revolución francesa, sólo le asigna al Poder Judicial la facultad de resolver controversias entre los particulares; pero en ningún caso puede controlar la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo y Legislativo. Por lo que en la normativa gala, les está vedado a los jueces el control de constitucionalidad, a pesar que ejercen la jurisdicción pues la justicia existente no es un poder del Estado, y por ende no tienen atribuciones para declarar la inconstitucionalidad de las normas, ya que de eso se encarga un “órgano especial”. Esta teoría se aplica en casi todos los países de Europa. Así, por ejemplo, en los sistemas de España e Italia, existen organismos denominados Tribunales Constitucionales, que tan sólo por su nombre y por la competencia que tienen, se deduce que realizan el control de

---

<sup>36</sup> Bottoni, María Alejandra y Navarro, Marcelo Julio, “El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la última década”, LA LEY 21/04/2011.

constitucionalidad pero no ejercen la jurisdicción en el sentido estricto, ya que no deciden la controversia.<sup>37</sup>

En el derecho continental europeo también existe el concepto de “división de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial”, cuyo origen doctrinario lo podemos ubicar en la célebre obra de Montesquieu “L’ esprit des lois” que, juntamente con otros pensadores obró como fermento de las ideas revolucionarias en Francia de 1789 a 1815, aunque influidas por la realidad del “L’ancien régime”<sup>38</sup>, contra el que se reaccionaba. Es así como la división de poderes se enuncia como un postulado en todos los documentos revolucionarios, pero marcados por una tendencia a la primacía del Poder Legislativo ejercido por la Asamblea. Se consideraba que la Asamblea, al legislar, ejercía la soberanía porque representaba al pueblo que la había elegido. Nada podía estar sobre la legislación emanada de la Asamblea porque ella representaba la “volonté générale”<sup>39</sup>. Por ende los jueces no podían de ninguna manera declarar la invalidez de los actos de la Asamblea ni interpretar la ley por sí mismos porque la ley es la expresión más perfecta de la voluntad popular y sólo la Asamblea puede ser su intérprete. El origen del Tribunal de Casaciones francés es una prueba de ello. Se trataba de un órgano legislativo cuya función era dar la interpretación final de la ley en caso de lagunas o controversias sobre el sentido de las normas. Los jueces no podían dar la última palabra pues su función era aplicar la ley, más no interpretarla.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Cfr. Linares Quintana, Segundo V., “Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1987, T. 3 Párr. 143 y Mairal, Héctor, “Control Judicial de la administración Pública”, Ed. Desalma, Bs. As., 1984, Vol. I pág. 18.

<sup>38</sup> Término en francés que significa “el antiguo régimen” que los revolucionarios franceses utilizaban para designar peyorativamente al sistema de gobierno anterior a la Revolución Francesa de 1789 (la monarquía absoluta de Luis XVI), y que se aplicó también al resto de las monarquías europeas cuyo régimen era similar. El término opuesto a este fue el de Nuevo Régimen.

<sup>39</sup> Término en francés que significa “voluntad general”. Fue uno de los temas principales del libro segundo de la obra “El contrato social o los principios del derecho político” de Jean-Jacques Rousseau. Al ejercicio de esta voluntad él lo llama “soberanía”, destacando su inalienabilidad e indivisibilidad.

<sup>40</sup> Geny, Francois, “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, Ed. Reus, Madrid, 1925, 2da. ed., N° 40 a 42, págs. 72 a 78.

➤ **En el derecho norteamericano:**

La Corriente Norteamericana se originó con la Revolución norteamericana, le otorga amplias facultades al Poder Judicial. En las que no sólo se encarga de resolver controversias entre particulares, sino que también tiene la facultad de controlar la constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo y Legislativo.

Éste esquema se denomina de revisión judicial o judicial review, por el cual se faculta a los jueces que integran el Poder Judicial para realizar la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, haciendo respetar en sus sentencias el principio de supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control, o sea que, todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad.

Pero en muchos países de América se generó un tercer modelo, una alternativa, al que se llama mixto:

➤ **Modelo Mixto:** Este modelo se da en varios países de América y es una combinación de ambas corrientes, ya que por un lado, coloca dentro del Poder Judicial a jueces especializados que, actuando como sala dentro del Tribunal Supremo, como corte independiente, o aún depositando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, por lo que éste modelo sostiene que sea un único órgano el que tenga la potestad definitiva sobre la interpretación constitucional, pero por otro lado permite el control difuso del resto de los jueces comunes.<sup>41</sup>

En las Constituciones que siguen el modelo de la corriente norteamericana, como la nuestra, el Poder Judicial, además de ser un órgano de solución de conflictos, es también Poder del Estado, cuya función es controlar a los otros dos poderes dentro de la mecánica del denominado sistema de “frenos y contrapesos”. Este órgano de gobierno está constituido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Tribunales inferiores, y todos ellos, como analizaré a continuación, tienen la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las normas.

---

<sup>41</sup> Highton de Nolasco, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>, pág. 109.

### 8 - A.- El control de constitucionalidad en Argentina:

Como dije al tratar el tema de “Supremacía constitucional” el leading case “Marbury vs. Madison” de la Suprema Corte de los Estados Unidos que data de 1803, es señalado como el origen del control de constitucionalidad difuso. A partir de ese momento, y en forma muy simplificada, puede advertirse que fueron construyéndose - dogmática y judicialmente- ciertas reglas para su ejercicio, las cuales pueden resumirse en:

- El control se ejerce en el marco de proceso judicial y no en abstracto.
- Quedan exentas de revisión judicial las cuestiones políticas no judiciales.
- La declaración de inconstitucionalidad no deroga norma sino que genera la inaplicabilidad de la misma al caso concreto, su efecto es inter partes.
- La declaración de inconstitucionalidad es excepcional, y los jueces ante la duda estarán por la validez de la norma o acto, pues “las leyes, los decretos y las sentencias se presumen acorde a la Constitución”.
- La declaración de inconstitucionalidad debe oponerse como defensa y debe causar gravamen en los derechos del particular, lo cual debe ser alegado y probado por aquél.

Todas estas reglas fueron elaboradas, en su mayoría, por la Suprema Corte de los Estados Unidos y han sido adoptadas, paulatinamente, por la Corte Suprema Argentina.

En pocas palabras y como vengo sosteniendo, nuestro país sigue la teoría de la corriente norteamericana. El sistema mediante el cual se efectúa el control de constitucionalidad es judicial, difuso y con efectos inter partes, siempre dentro del marco de un proceso judicial y genera la inaplicabilidad de la norma al caso concreto - sin que la misma pierda su vigencia-. Esta función la Constitución se la asigna a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores -así lo establece el artículo 116 de la Carta



Magna-, y abarca a todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción, provinciales y nacionales.

Néstor Pedro Sagüés dice que: “la doctrina judicial argentina ha implantado ciertas reglas en torno a la evaluación final de la constitucionalidad de una norma: a) en principio, las leyes se presumen constitucionales (Fallos, 247:121, y 220:1458); b) la declaración de inconstitucionalidad de una norma requiere plena prueba, clara y precisa, de su oposición con la Constitución (Fallos, 209:200, y 306:655); c) el pronunciamiento de inconstitucionalidad exige prudencia y cautela en su emisión: es la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y exhibe un caso extremo de gravedad institucional (Fallos, 264:364, 288:325, y 306:1597), y d) si hubiese duda, se debe decidir por la constitucionalidad de una norma y no por su invalidez (Fallos, 306:655).”<sup>42</sup>

Actualmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que: “La declaración de inconstitucionalidad, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de éstas últimas para su resolución, por lo que, siendo dicha revisión judicial la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, debiendo llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sólo cuando ello sea de estricta necesidad.”<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “Elementos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Bs. As., 2001, 3ra. ed. - actualizada y ampliada-, T. 2, pág. 889.

<sup>43</sup> CSJN, Sumarios disponibles en:

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verSumarios&id=697165>

### 8 - B.- El Control de constitucionalidad de oficio:

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha modificado su antigua postura con respecto al tema y ha adoptado la siguiente: “El ejercicio del control de constitucionalidad de oficio, en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes, presupone que el contralor normativo a cargo del juez se realiza en un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas y la descalificación constitucional se encuentra supeditada a que en el pleito quede palmariamente demostrado que irroga a alguno de los contendientes un perjuicio concreto que entraña un desconocimiento o una restricción manifiestos de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución, siendo la actividad probatoria de las partes así como sus planteos argumentales los que deben poner de manifiesto tal situación.

Si bien los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Constitución Nacional) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, la constitucional, desechando la de rango inferior (Voto del juez Carlos S. Fayt). Criterio sostenido en su disidencia en “Peyrú” (Fallos: 310:1401); delineado en “Mill de Pereyra” (Fallos: 324:3219) y finalmente adoptado por la mayoría del Tribunal en “Banco Comercial de Finanzas S.A” (Fallos: 327:3117).”<sup>44</sup>

En igual sentido, Rafael Bielsa expresa que “tanto la Corte Suprema como cualquier otro tribunal deben declarar de oficio la inconstitucionalidad de una ley (claro está, en el caso concreto), por la misma razón de prevalecer el orden público. No puede

---

<sup>44</sup> CSJN, Sumarios disponibles en:

<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verSumarios&id=697165>

conscientemente un tribunal fundar su decisión en una ley que repugne a la Constitución, si la cuestión es de ‘orden público’ en el sentido constitucional.”<sup>45</sup>

Con respecto al fallo ‘Banco Comercial de Finanzas S.A’ (Fallos: 327:3117) de mas reciente data Walter Carnota en comentario al citado, con meridiana claridad dice que los argumentos brindados por la mayoría en los considerandos tercero y cuarto de este fallo no dan margen de dudas: el “iura novit curia” hace que los magistrados puedan y deban pronunciarse sobre el asunto de raíz constitucional que se anide en la causa. Oficialmente, las posiciones aisladas de veinte años atrás de Fallos: 306:303 son hoy prevalecientes. Y está bien que así sea, porque cuando está en juego el orden público constitucional, no hay disponibilidad de las partes que valga. Será la prudencia del juzgador, y en última instancia la de la Corte Suprema, la que “dirá el derecho”, incluso el constitucional.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Bielsa, Rafael, “Derecho constitucional”, Ed. Roque Depalma, Bs. As., 1954, 2ª ed., págs. 573 a 574.

<sup>46</sup> Carnota, Walter, “La inconstitucionalidad de oficio una cuestión saldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, El dial.com, agosto de 2004.

## CAPITULO II: PARTE ESPECIAL

### 1.- El arbitraje

El arbitraje es uno de los medios alternativos de resoluciones de controversias con el que cuentan las partes para solucionar sus disputas legales de manera privada sin acudir al estado. Es el método más utilizado a nivel comercial y aceptado mundialmente, algunos países lo regulan en sus códigos de fondo y forma, otros separadamente de sus códigos de fondo o forma, o a través de una ley especial al efecto, o adoptando alguna de las Leyes Modelo, como por ejemplo: la Ley Modelo del CNUDMI. Entre las ventajas que representa para las partes podemos destacar la rapidez en la administración de justicia -léase celeridad con respecto al proceso- de una manera económica, por ejemplo la pagina web del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires<sup>47</sup> dice: un supuesto conflicto contractual en donde el monto en juicio involucrado en el litigio asciende a la suma de \$ 1.000.000, en sede judicial solo la tasa de justicia insumiría \$ 30.000 para poder promover un proceso, en sede de este Tribunal esos costos se reducirían a la mitad. Además, como expresé, es muy utilizado en materia comercial y al ser un proceso privado es confidencial; ésta es una de las diferencias sustanciales entre el arbitraje y el litigio judicial, y una de las ventajas más apreciadas del primero.

En otras palabras el arbitraje es un método alternativo de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales y convenir que para el caso de una controversia, que trate derechos transables, se someterán al arbitraje.

En el plano nacional encontramos varias instituciones privadas, tales como la Cámara de Comercio, la Bolsa de Comercio, la Bolsa de Cereales, el Colegio de Escribanos, que administran sistemas arbitrales. Cada una de estas instituciones cuenta

---

<sup>47</sup> Disponible en: <http://www.bcba.sba.com.ar/tribunal/tribunal.php>

con un Centro de Arbitraje que posee un reglamento que regula su procedimiento y asegura su funcionamiento.

### 2.- Naturaleza jurídica:

Con el objetivo de establecer la naturaleza jurídica del arbitraje se han alzado diferentes voces que, a modo de síntesis, pueden ser agrupadas en tres teorías.

Por un lado, los que sostienen la naturaleza contractual del arbitraje ponen el acento en el carácter privado del instituto, tanto con relación a su origen como a la calidad de los árbitros. Esta tesis se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes; por eso es que la relación entre éstas y el árbitro es eminentemente contractual. Su actividad se fundamenta en que siendo las cuestiones que se someten a arbitraje originadas en derechos disponibles por las partes, el Estado no puede privarlos de la facultad de seleccionar un método alternativo para resolverlas.

Pero a su vez niegan que los árbitros ejerzan una función jurisdiccional, porque atento a su falta de imperium, la efectividad de sus decisiones arbitrales proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla, y no tiene, por ello, las características propias de una sentencia.<sup>48</sup>

Por último, señalan que el laudo arbitral obliga a las partes en la misma forma que lo haría un contrato, gozando de la protección jurídica inherente a este último, razón por la cual se ha llegado a sostener que el árbitro es un agente de las partes y a asimilar su actuación a la de un mandatario.

Por otro lado, se encuentran los seguidores de la tesis procesal, quienes sostienen que los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, la cual no sólo es atribuida por un acuerdo entre las partes, sino que el propio Estado a través de su ordenamiento jurídico le reconoce a los árbitros su potestad jurisdiccional.

De ello resulta que el arbitraje es un verdadero juicio y que el laudo tiene autoridad de cosa juzgada.

---

<sup>48</sup> Cfr. Caivano, Roque J., "Arbitraje", cit., pág. 95.

La cosa juzgada impide revisar el derecho decidido y, en consecuencia, alegar hechos o presentar pruebas de manera posterior a la autoridad conferida por la preclusión de las cuestiones, sea la sentencia o el laudo. En consecuencia es clásica jurisprudencia que no pueden oponerse defensas fundadas en hechos anteriores.

En éste mismo sentido el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación considera a los árbitros “jueces árbitros” -artículo 736-; prevé un régimen de recusación similar al de los jueces -artículo 746 y 747-; observarán las formas del juicio ordinario o sumario -artículo 751-; votarán en definitiva como magistrados para pronunciar el laudo -artículo 754 y 757-, contra el cual procederán los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces -artículo 758-; y de no cumplirse con lo ordenado en el laudo, la resolución, en cuanto a su ejecutoriedad, es colocada en un pie de igualdad con las sentencias judiciales -Artículo 499-.

Por último, con la intención de armonizar ambas concepciones se han lazado voces que reconocen en el arbitraje una fuente inmediata, el acuerdo de voluntad de las partes (teoría contractual), y que a su vez los inviste con una función jurisdiccional. Caivano sostiene que estamos frente a una jurisdicción instituida por un negocio particular.<sup>49</sup>

Pero a la vez que se acepta la función jurisdiccional de los árbitros, se reconoce que ésta se encuentra limitada al sostener que los árbitros carecen de lo que se denomina imperium, concepto que resume la potestad de coertio (facultad de imponer forzosamente el cumplimiento de medidas ordenadas dentro del proceso) y la executio (facultad de compeler para el cumplimiento efectivo de los laudos arbitrales).

### **3.- La Jurisdicción Judicial y Arbitral:**

El término jurisdicción proviene del latín “jurisdicti”, que quiere decir “acción de decir el derecho”, no de establecerlo. Es la función específica de los jueces, sean éstos integrantes del Poder Judicial o designados por las partes para un contrato en

---

<sup>49</sup> Cfr. Caivano, Roque J., “Arbitraje”, cit., pág. 97.

particular como ser el caso de los árbitros. También significa, la extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, del territorio; si se tiene en cuenta que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido<sup>50</sup>.

Dejando sentado que la jurisdicción es la potestad de decir el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente al efecto, los ciudadanos que en ejercicio del poder de soberanía delegaron a través de la Constitución Nacional esa potestad en el Poder Judicial como poder del estado, la retoman o la sustraen a los magistrados estadales y en el ejercicio del mismo poder de soberanía y del derecho a la libertad, de raigambre constitucional, la otorgan a árbitros particulares o a instituciones que designaron a dichos árbitros para que diriman un conflicto transable, que no afecte al orden o seguridad pública, ni los intereses de terceros, con iguales facultades que la Constitución y las leyes otorgaron a los jueces estadales, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del “imperium” del que disponen los jueces pero no los árbitros.

Los árbitros, al igual que los jueces, tienen el “iudicium”, o sea la facultad de juzgar, de decir el derecho y emitir un laudo, poniendo fin a la controversia con carácter definitivo, con efectos de cosa juzgada, pero en el caso de que las partes no cumplan con el laudo emitido es necesario ejecutar el mismo y para ello se debe recurrir a los jueces estadales, quienes son los únicos depositarios del “imperium”.

Los árbitros dictan el laudo y lo notifican pero si las partes no lo cumplen voluntariamente se recurre al Juez correspondiente quién no entrará a considerar intrínsecamente al laudo en su aspecto substancial y sólo se limitará a ejecutarlo, a hacerlo cumplir mediante el uso de la fuerza que le está vedado al árbitro.

Queda sentado así que los árbitros o los Tribunales Arbitrales tienen la misma jurisdicción que los magistrados y si éstos últimos están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una ley en igual forma lo pueden hacer los primeros, quienes fueron investidos de la jurisdicción por voluntad soberana de las partes.

---

<sup>50</sup> Ossorio, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Ed. Heliasta S.R.L., Bs. As., 1974, pág 409.

La jurisdicción es “la actividad a través de la cual se procura restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias a las que la norma postula y no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del Estado. Es una función establecida en el interés y protección de los particulares, por lo que éstos podrán en el campo de los derechos que puedan disponer libremente, escoger un sistema privado, al que la propia ley otorga naturaleza jurisdiccional. Tanto en el arbitraje voluntario como en el forzoso se equipara el laudo que dictan los árbitros a las sentencias judiciales. En forma inmediata que los árbitros tengan facultades jurisdiccionales depende de la voluntad de las partes que los designen como jueces para resolver en un caso concreto; en forma medita deben su jurisdicción al ordenamiento jurídico que posibilite la asunción de éstas funciones a particulares”<sup>51</sup>.

El arbitraje voluntario, nos dice el insigne Maestro Dr. Augusto M. Morello, “importa la prórroga o la sustracción así querida por los legitimados en el caso de la jurisdicción que ordinariamente correspondería a los Tribunales del Poder Judicial. El Estado no tiene el monopolio de la prestación de la justicia. Puede ser transferida esa actividad a jueces privados que, permanentes o no, conocen y deciden los conflictos que les ponen a su consideración”<sup>52</sup>. El eminente procesalista aclara obviamente que el objeto de tales causas debe ser arbitrable, es decir que sean susceptibles de transacción; y, que sus objetos y contenidos tienen que ser disponibles para las partes (arts. 736 y 737 del C.P.N.).

#### **4.- Los Recursos contra el laudo arbitral:**

Otra cuestión problemática se da en materia recursiva, ya que el art. 758 CPCCN deja interpretar que proceden contra el laudo arbitral los recursos de apelación y nulidad, aunque también es admisible el recurso de aclaratoria. Pero el problema se presenta frente a la impugnación de inconstitucionalidad que en el orden nacional no es procedente. Dice el Artículo 14 de la Ley 48: Una vez radicado un juicio ante los

---

<sup>51</sup> Caivano, Roque J., “Arbitraje”, cit., pág. 25.

<sup>52</sup> Morello, Augusto M., “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”, cit., pág. 467.



Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

No procede no sólo por no estar en juego “cuestiones federales”, sino también porque dicha “apelación solo procede respecto de sentencias judiciales”<sup>53</sup>.

También lo ha sostenido la Corte Suprema en muchos otros fallos que han tratado el tema de los recursos contra el laudo. En esta orientación ha dicho la Corte Suprema que “no procede la vía del Artículo 14 de la Ley 48, respecto de las decisiones de la jurisdicción arbitral libremente pactada por los interesados, pues ésta es excluyente de la intervención judicial que culmina con la de la Corte y no admite otros recursos que los contemplados por las respectivas leyes procesales, a través de los cuales ha de buscarse remedio a los agravios ocasionados por el laudo pertinente”<sup>54</sup>.

Pero existen casos que nos demuestran que esa posición no puede ser absoluta, así por ejemplo en “Calles, Ricardo y Otros c/ General Motor Corporation”, la Cámara Nacional Comercial, Sala “C” el 3/6/2003 ha rechazado el recurso de hecho deducido

---

<sup>53</sup> CSJN, 22/9/83, LL, 1984-A-672, n° 1115.

<sup>54</sup> CSN, Fallos 118:247; 237:392; 241:203; 250:408; 255:13; 274:323; 296:230; 306:455. En la misma orientación, el dictamen del Procurador General de la Nación en YPF c/ Sargo, 27/12/74, Fallos 290:458, JA 20-1975-115 alegando que sería absurda la apelabilidad de los laudos si no fueran el resultado del ejercicio de la jurisdicción.

por la demandada convalidando la facultad del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires para declarar la inconstitucionalidad del Decreto 214/02 del Poder Ejecutivo Nacional. En efecto “los árbitros integran un tribunal de justicia aunque no formen parte del Poder Judicial”<sup>55</sup>.

El mismo autor más adelante agrega que “admitida la jurisdicción arbitral para decidir sobre la constitucionalidad de una norma legal se abre la cuestión relativa a la posibilidad de que el control de lo decidido llegue en revisión ante la Corte Suprema. Por su parte el fallo “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c/ Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A. s/ proceso de conocimiento” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 1/6/2004 se trata de la facultad de la Corte de revisar el laudo de los árbitros cuando está en la mira el “interés público” o se contraría el “orden público” cosa muy distinta a la facultad del árbitro de declarar la inconstitucionalidad de una norma que estamos tratando. En su análisis Morello entiende que como excepción existe un “escudo protector” de la Corte Suprema para supuestos excepcionales, que requieren preservar la “seguridad jurídica”, entendiéndose por tales cuando media gravedad constitucional. “La Corte podrá “pescar” el laudo y actuar en consecuencia porque esa decisión está equiparada a la sentencia judicial y debe ser considerada definitiva”<sup>56</sup>.

### **5.- Tratamiento legislativo del arbitraje**

El sistema legal a través del cual se regula el arbitraje en nuestro país parte de la noción de considerarlo un “Proceso Especial”, como dije al analizar el artículo 1 de la Carta Magna somos un país federal donde coexisten los dos órbitas jurisdiccionales -una Federal y otra Provincial-, es por ello se lo legisla a través de los diferentes Códigos Procesales Civil y Comercial correspondientes tanto a la Nación como a las Provincias, ya que es facultad de éstas últimas la legislación propia en materia procesal.

---

<sup>55</sup> Anaya, Jaime L., “Control Judicial del arbitraje”, LL, 16/2/2004.

<sup>56</sup> Morello, Augusto M., “El arbitraje en la encrucijada”, JA, fasc. 7 del 18/8/2004, III-10, pág. 14 y sig.

Pero como explique al tratar la “Motivación” del presente trabajo, la legislación existente es incompleta y es imperiosa la necesidad de completarla y actualizarla, pero aún más urgente son las normas de fondo que regulen el instituto del arbitraje.

En ese orden de ideas existieron tres proyectos de ley en Argentina, a saber:

El primer proyecto de ley fue remitido al Congreso Nacional en 1991 pero el mismo restringía su ámbito de aplicación a los arbitrajes internacionales y conflictos cuyo juzgamiento correspondería a los jueces nacionales en caso de ausencia de una cláusula arbitral.

El segundo proyecto se presentó a debate en 1998, y pretendía sustituir las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por último, un tercer proyecto de ley se presentó a debate el 30 de Enero de 2002, el cual recepta las disposiciones de la Ley Modelo CNUDMI casi en su totalidad. Este último proyecto mereció media sanción de los senadores al 28 de Noviembre de 2000, pero nunca fue tratado por la Cámara de Diputados. Su ámbito de aplicación es más amplio que los anteriores proyectos, comprende: a) arbitrajes internacionales que tengan su sede en territorio de la República Argentina, b) arbitrajes de controversias cuya resolución, en ausencia de acuerdo arbitral, correspondería a la justicia nacional con competencia federal, reconocimiento y ejecución en la República Argentina de laudos dictados en territorio extranjero, y c) arbitrajes cuya sede se encuentre en la Ciudad de Buenos Aires.

En América latina encontramos que han modificado su legislación en función de los principios establecidos por la Ley Modelo CNUDMI: Brasil, Paraguay, Venezuela, México, Guatemala y Costa Rica. Y de los países de la región, sólo Argentina y Uruguay no tienen legislación de fondo sobre arbitraje.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Cfr. Tepfer, Mónica V., “Una puesta al día en la legislación sobre arbitraje en Argentina”, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/08-winitzky-tepfer.pdf>, págs.. 204 a 206.

### **METODOLOGÍA**

La metodología utilizada será el método inductivo, a través del análisis de fallos de la Corte Suprema de Justicia, de la justicia nacional y provincial, y el mismo abarcará el lapso transcurrido en los últimos 15 años.

Cabe aclarar que la elección es acotada debido a que el arbitraje es confidencial, suele afirmarse que ésta es una de las diferencias sustanciales entre el arbitraje y el litigio judicial, y para muchos de sus usuarios una de las ventajas máspreciadas. Lo cierto es que habiendo contactado a varias de éstas instituciones, por ejemplo: Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, de Rosario, etc., con el fin de solicitar el material más idóneo, léase laudos, para alimentar, más aún, la presente investigación y consecuentemente la calidad de la comprobación o refutación de la hipótesis, pero la respuesta a mi solicitud fue rechazada o, como en varios casos me ha ocurrido no recibí respuesta alguna.

Y la elección del lapso de tiempo es arbitraria dado que la mayoría de los casos que surgen de la búsqueda en sede judicial, en referencia al problema planteado, ocurren como consecuencia de situaciones de crisis, de emergencia económica e íntimamente vinculadas, la mayoría de las veces, a los Decretos del Poder Ejecutivo. Siendo que en el período 1999 - 2002 nuestro país atravesó, no sólo una dura crisis a nivel económico, sino también a nivel institucional; con el recordado corralito, el final de la Ley de convertibilidad, la pesificación, y los sucesivos amparos con su consecuente declaración de inconstitucionalidad de los Decretos N°s 214 y 320 del año 2002, de la Ley N° 25.561 y cc.. Fue un período donde se sucedieron numerosos laudos que declaraban la inconstitucionalidad de los mencionados y varios fueron los recurridos judicialmente para llegar a nuestro conocimiento.

Por lo expuesto a continuación daré un resumen y analizaré los fallos más importantes que refieren al problema jurídico planteado, que han llegado a conocimiento del Poder Judicial, y realizaré el estudio de los mismos de forma cuali-cuantitativa. Éste es uno de los principales puntos de la investigación, donde se podrá observar si existen reclamos en sede judicial debido al control de constitucionalidad

ejercido en sede arbitral -privada- y si se admiten o rechazan los recursos contra el laudo que, en su contenido, declaró la inconstitucionalidad de una norma; para el caso de admitirse los recursos contra el laudo tocará analizar si el Poder Judicial le reconoce al árbitro tal potestad o si en su defecto nulifica su accionar injustificado.

Como he expresado la doctrina no es uniforme respecto de éste tema y no hay un criterio unívoco a la hora de determinar si el árbitro posee o no las mismas facultades que los jueces para el control de constitucionalidad, o, si es admisible o no recurso idóneo contra el laudo arbitral que tacha de inconstitucional una norma, cuando las partes han sustraído de la órbita jurisdiccional ese conflicto para ventilarlo en el ámbito privado, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y más aún si renunciaron, directa o indirectamente, a la interposición de los recursos frente al laudo dictado.

La presente investigación tendrá como objeto revelar las decisiones de los jueces, fundado en la idea de la praxis acorde al marco teórico general que vengo utilizando. Aquí es donde pondré principalmente a la vista el trabajo, ya que si bien existen diversos criterios doctrinarios y legales, se analizan los criterios que suscitaron controversia, y la práctica propiamente dicha se ve a través de los fallos judiciales.

### **JURISPRUDENCIA**

Comenzaré resumiendo la evolución de la jurisprudencia de la Corte con respecto a los procesos arbitrales:

Como he expresado a lo largo del trabajo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación le permite a la partes renunciar a la interposición de recursos contra el laudo, sobre todo el recurso de apelación, y aclara a los recursos que las partes no pueden renunciar, que son el recurso de aclaratoria y el de nulidad por las causales de: falta esencial en el procedimiento, versar sobre puntos no comprometidos o haberse dictado fuera de término -artículo 760-, y por contener en la parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí -artículo 761-. Sin embargo, la construcción jurisprudencial actual ha limitado el derecho de las partes a restringir el control judicial del laudo cuando éste es incompatible con principios fundamentales de orden público o contrarios a las garantías constitucionales.

Por otro lado, la jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema de Justicia ha negado la procedencia del recurso extraordinario contra laudos. No obstante, cabe mencionar que ha existido una evolución jurisprudencial en la que el recurso extraordinario ha sido admitido directamente contra el laudo y no sólo contra la sentencia que resuelve el recurso planteado contra la decisión arbitral.

En un primer momento se admitió el recurso extraordinario únicamente en el caso de arbitrajes de carácter obligatorios, con el argumento de que la limitación a la revisión judicial no puede ser impuesta por la ley, sino que debe estar acordada por las partes; o en el caso del arbitraje pericial, pues en ese instituto el código no prescribe recurso alguno contra el laudo. Sin embargo, en el caso “Color vs. Max Factor Sucursal Argentina”, el magistrado del Alto Tribunal Boggiano señaló que el control judicial sobre el arbitraje “no es susceptible de ser suprimido totalmente. Ello es así en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de promover la justicia, también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y

de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia que el Estado dispensa a los laudos arbitrales...”.

A posteriori, en el caso “Aion”, la Corte Suprema señaló que los laudos no son revisables en tanto “no se advierte arbitrariedad en la resolución apelada que justifique la intervención de esta Corte”. Y en la causa “Meller Comunicaciones S.A. UTE vs. ENTEL”, si bien la mayoría del Címero Tribunal decidió el rechazo del recurso extraordinario contra el laudo arbitral, los votos de los magistrados Moliné O’Connor y López., receptando la doctrina del caso “Aion”, basan la improcedencia del recurso extraordinario en la falta de arbitrariedad en la resolución apelada; mientras que los magistrados Boggiano y Nazareno niegan entrar a considerar la salvedad de caso “Aion” -arbitrariedad del laudo-, por considerar que “la posible revisión de la arbitrariedad del laudo, no puede considerarse válida, pues es una contradicción flagrante sostener por un lado la irrevisabilidad de los laudos arbitrales y al mismo tiempo afirmar que puede revisarse su arbitraria aplicación”, pero terminan abriendo la puerta a la revisión del laudo por motivos de orden público al sostener que “si el laudo al fin afectase el orden público estatal sus jueces no podrían reconocerlo...”.

Por último, la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. vs. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.” establece varios principios respecto del control judicial del laudo, haciendo una síntesis en cuanto al tema de las causas que hacen procedente el recurso extraordinario contra el laudo y los límites a la irrenunciabilidad de los recursos.

En primer lugar, la Corte limita la eficacia de las renunciaciones a los recursos que las partes hubieran acordado en el contrato y/o compromiso arbitral al sostener que “no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio” receptando la postura de Boggiano y Nazareno en la causa “Meller Comunicaciones S.A. UTE vs. ENTEL” antes mencionada. Sobre la base de este argumento, la Corte deja de limitar su intervención a la consideración de las causales de nulidad del laudo previstas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y pasa a considerar el mérito de la decisión arbitral.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo avala la impugnación judicial del laudo cuando sea “inconstitucional, ilegal o irrazonable”, extendiendo así, a un arbitraje libremente pactado por las partes, el dictum que había hecho la Corte en el caso del arbitraje obligatorio.

Como dice un destacado autor, el caso “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. vs. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.” “ha abierto una brecha considerable en el principio de irrevisibilidad de los laudos dictados en arbitrajes voluntarios. En definitiva, el control de constitucionalidad e irrazonabilidad importa aplicar toda la doctrina de la arbitrariedad a la posible revisión de los laudos arbitrales, los que según alguna opinión serían entonces susceptibles de recurso extraordinario directo sin necesidad de proponer el recurso de nulidad conforme a las reglas del Código Procesal”.<sup>58</sup>

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que la sentencia en el más reciente caso “Ricardo C. Cacchione, vs. Urbaser Argentina S.A.” permite advertir que la Corte Suprema estaría dispuesta a volver a la vieja doctrina que limita su intervención al recurso que resuelve, y no a una revisión del mérito del laudo -al menos cuando el Estado o alguna de sus dependencias sea parte del proceso arbitral-.<sup>59</sup>

Ahora me abocare a analizar algunos fallos relacionados con el tema:

➤ **Sociedad Anónima Puerto del Rosario contra el Gobierno Nacional sobre Constitución de Tribunal Arbitral:**

Este es un fallo de la Corte Suprema Nacional con fecha 7 de Agosto del año 1935; el problema a dirimir surge cuando el Gobierno Nacional decide modificar las tarifas a regir en el puerto de Rosario unilateralmente

---

<sup>58</sup> Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I, “El derecho constitucional de la libertad”, Bs. As., 1995, N° 87, pág. 361 y ss..

<sup>59</sup> Cfr. Cuomo, María de los Ángeles Nahid y Giavarini Mercedes Rodríguez, “El arbitraje comercial internacional en Latinoamérica”, Ed. Palestra, Perú, 2010, págs. 86 a 89.



transgrediendo algunas cláusulas del contrato de concesión que existía entre las partes, fundamentado tal hecho por medio de un decreto que lo autoriza a prescindir del acuerdo legal y contractual con la empresa. En concreto dichas cláusulas referían a que las tarifas debían ser acordadas entre ambas partes cada 5 años y que ante cualquier conflicto someterían la cuestión a un Tribunal Arbitral constituido a tal efecto.

Ante ésta situación la parte actora (Sociedad Anónima Puerto del Rosario) presenta un reclamo ante el Poder Ejecutivo pidiendo la constitución del tribunal arbitral (previsto en el contrato de concesión) a lo que el Poder Ejecutivo por decreto no hace lugar, sosteniendo la improcedencia del arbitraje dado que la actora fundó su propuesta de tarifas invocando el artículo 12 de la Constitución Nacional “Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito, sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio” sugiriendo para el puerto de Rosario las mismas tarifas que regían en el de Buenos Aires y dado que la divergencia involucra la interpretación de una cláusula constitucional no compete a árbitros la solución; a lo que la actora responde que ese no fue su único fundamento legal y que aún si así lo hubiera sido, el Poder Ejecutivo no está facultado para desechar la cláusula del contrato que estipula la constitución del Tribunal Arbitral y arrogarse así el derecho de establecer las tarifas sin el necesario acuerdo de las partes.

Finalmente, la Corte Suprema Nacional ha dicho que “los árbitros iuris pueden resolver toda cuestión que se les someta no siendo las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, sea de carácter mixto o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral”<sup>60</sup> dejando sentado un precedente muy importante para la presente

---

<sup>60</sup> CSN, 7/8/35, “Sociedad Anónima Puerto del Rosario c/ Gobierno Nacional”, Fallos 173:221.

investigación, ya que aún siendo parte el Gobierno Nacional y tratándose de la interpretación de una norma de carácter constitucional, la Corte Suprema, ya en 1935 adopta la presente posición, haciendo valer la jurisdicción a la que las partes acordaron someterse.

➤ **T.T. contra B.B. sobre Arbitraje:**

El árbitro único designado en los autos “T.T. c/ B.B. s/ arbitraje” dictó un laudo arbitral con fecha 19 de Noviembre de 2002 en el que se declaró competente para decretar la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas de emergencia dictadas a partir de la sanción de la Ley N° 25.561.

El conflicto planteado por las partes versaba sobre la moneda y tipo de cambio en que debía hacerse efectivo el pago de una determinada contraprestación - originariamente pactada en dólares estadounidenses- bajo un contrato de compraventa celebrado entre las partes en diciembre del año 2000.

El árbitro único entendió que la cuestión planteada resultaba análoga a la resuelta por el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires con fecha 19 de Marzo de 2002 en los autos “CIE R P S.A. c/ Grinbank, Daniel”, en donde este Tribunal ya había declarado su propia competencia para ejercer el control de constitucionalidad de normas de carácter federal, lo que así fue también resuelto en este caso.

El principio rector tenido en cuenta por el árbitro interviniente es que los árbitros tienen las mismas potestades que los jueces naturales (con excepción de la coertio y la executio) a partir de un acuerdo de voluntades de las partes sometidas al arbitraje, y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado el principio de control difuso de constitucionalidad de normas de carácter federal.

En igual sentido se ha expresado el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires en los autos “IGT Argentina S.A. c/ Trilenium S.A.” (laudo

de fecha 5 de Noviembre de 2002), como así también la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala B, en los autos “Otondo César c/ Cortina Beruatto S.A.” (laudo de fecha 11 de Junio de 2003).

➤ **Otondo, César A. y otro contra Cortina Beruatto S.A. y otros :**

El 17 de marzo de 2003, el magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 10 dictó sentencia en los autos “Otondo, César A. y otro c/ Cortina Beruatto S.A. y otros” en la que rechazó la acción meramente declarativa iniciada por los actores, y que tenía por finalidad excluir de la órbita de los árbitros la decisión sobre la constitucionalidad de las normas de emergencia.

El magistrado interviniente entendió que la cláusula arbitral prevista en el contrato de compraventa de acciones firmado entre los actores y demandados le otorgaba a los árbitros designados la jurisdicción necesaria para decretar la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia vigente si éstos consideraban que así debía resolverse.

Al no tener la cláusula arbitral reservas que implicaran excluir determinadas decisiones de la jurisdicción arbitral, el magistrado entendió que los árbitros, como tribunal de justicia, podían resolver sobre la constitucionalidad de las normas vigentes si lo consideraban necesario.

Además, el juez concluyó que en caso de que el laudo arbitral excediese o no conformase a las partes subsistirá para éstas la posibilidad de solicitar la nulidad del mismo de conformidad con lo previsto en el artículo 760 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El fallo fue apelado por los actores, pero fue posteriormente confirmado por la Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial por los mismos fundamentos.

La sentencia de la Cámara Comercial ratifica el principio sentado por el Tribunal Arbitral Permanente de la Bolsa de Comercio de la Ciudad de Buenos

Aires, quien en los autos “IGT Argentina S.A. c/ Trillemium S.A. s/ arbitraje” (fallo del 5 de noviembre de 2002) y “Cie RP SA c/ Grinbank, Daniel s/ arbitraje” (fallo del 19 de marzo de 2002) ya había resuelto que resultaba competente para decretar la inconstitucionalidad de la normativa vigente, en el primer caso, y de una cláusula contractual en el segundo.

➤ **Oliva, Oscar S v. v. Disco SA y otro - ordinario - cumplimiento / resolución de contrato - recurso de apelación - recurso de casación:**

Este es un fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial con fecha 14 de Marzo del año 2012.

Los hechos planteados se basaron en la relación contractual que fue establecida entre Oscar Oliva y Disco S.A..

A raíz del incumplimiento por parte de Disco S.A. de sus obligaciones contractuales Oscar Oliva se presentó ante la justicia pidiendo que se declare la resolución del contrato.

El problema que se suscita es que lo hace ante la justicia y no ante el Tribunal arbitral elegido por las partes para dirimir las controversias que se suscitaran durante la relación contractual, fundándose en que había un planteo de inconstitucionalidad, por lo cual él entendió que la solución de la constitucionalidad, o no, de una norma no está dentro de las facultades de los árbitros.

La Cámara resuelve que una cuestión vinculada a la validez constitucional de una norma puede ser entendida por el Tribunal Arbitral.

Ante la resolución de la Cámara el actor presenta recurso de Casación por considerar que la Cámara interpretó erróneamente la normativa procesal relativa a las cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje, que el tema en cuestión es si los árbitros pueden, o no, analizar y declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley de orden público, que un árbitro no puede ir

más allá de los que las propias partes tienen como potestad o facultad, ya que el origen del arbitraje -acuerdo entre partes y no con el Estado- lo limita, y por último que la función de la Cámara solo consistía en desplazar la competencia del Tribunal Arbitral en los casos en los que el planteo de inconstitucionalidad sea necesario para solucionar el conflicto.

El Tribunal Superior considerando que el problema a resolver es: si una cláusula compromisoria de un negocio determinado ante un Tribunal Arbitral pierde, o no vigencia, operatividad o validez al momento en que una de las partes plantea una inconstitucionalidad. Expresó su opinión respecto de que un árbitro tiene las mismas facultades que un juez, salvo la Coertio y la Executio, y que por lo tanto el pronunciamiento de un árbitro hace efecto de cosa juzgada entre las partes. De que la jurisdicción es la “potestad de decir el derecho a través de los procedimientos previstos legalmente al efecto”. Esta facultad no está monopolizada en el Estado, sino por el contrario, el Estado cede ante casos puntuales a otros organismos o autoridades nacionales o internacionales. También puntualizó que los árbitros son verdaderos jueces cuya función es solucionar conflictos declarando el derecho, entonces como los jueces ejercen el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, así también entienden los árbitros. Y así como tienen las descriptas facultades también tienen las obligaciones de los jueces, por lo que ante cualquier caso que se presente ante ellos, deben determinar su aplicabilidad y compararla con la Constitución Nacional. Determinó que el único límite a la autonomía de la voluntad es lo que es vedado por la ley civil para ser objeto de transacción. Si las partes someten por decisión propia la solución de controversias que en el futuro pudieran presentarse ante un Tribunal Arbitral entonces deberán acatar su decisión.

El Tribunal Superior resolvió que el Tribunal arbitral, cuando esté ante un asunto que es de su competencia y que fue sometido por las partes a su jurisdicción, no tiene limitación o reserva alguna para asumir y definir la constitucionalidad de las normas en que fundamentará su laudo. Así, la interposición de un planteo de inconstitucionalidad no provoca la invalidez de

la clausula compromisoria ni la incompetencia del Tribunal arbitral. En consecuencia, confirmó el acogimiento de la excepción de incompetencia articulada por la parte demandada y rechazó el recurso.

### **DERECHO Y JURISPRUDENCIA COMPARADA**

En el Perú, la práctica del arbitraje y especialmente sus laudos, se encuentran sometidos a dos tipos de control: un control judicial, que se ejerce a través de los órganos del Poder Judicial, y un control constitucional, a cargo del Tribunal Constitucional.

En el caso del Poder Judicial, este control previo no sólo es constitucional sino legal, ya que a éste le corresponde conocer de los recursos de anulación de laudos únicamente respecto de una serie de causales contempladas por sus leyes. En el caso del Tribunal Constitucional, este control es exclusivamente constitucional y en él se resuelven de manera definitiva las acciones destinadas a cuestionar la constitucionalidad del arbitraje, sus actuaciones arbitrales, el laudo, etc.

Al respecto, existen dos fallos relevantes del Tribunal Constitucional referidos a estos temas. El primero de ellos se refiere a los derechos fundamentales que pueden ser invocados para su control constitucional: el primero de ellos es el derecho a la tutela procesal efectiva –entendida como el derecho de acceso a los órganos de justicia, así como la eficacia de lo decidido en la sentencia-, mientras que el segundo se refiere al incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los preceptos de observancia obligatoria presentes en el Código Procesal Constitucional en cuanto al control difuso, la interpretación constitucional y los precedentes. Este concepto ha sido recogido tanto en el caso No. 6167-2005-PHC/TC, referido al recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 19 de julio de 2005, así como en el caso No. 1567-2006-PA/TC, entre la Compañía de Exploraciones Algamarca vs. Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.:

“Será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva [...] y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este

Colegiado, en atención a los artículos VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente”.

Sobre este punto, Landa se ha pronunciado en el sentido de que los laudos arbitrales podrían ser revisables en sede constitucional no sólo cuando se haya vulnerado el debido proceso adjetivo o formal, sino también cuando el proceso arbitral no se haya llevado de acuerdo con el debido proceso material o sustantivo. Ello podría producirse, por ejemplo, en caso de no respetarse el principio de imparcialidad en el ejercicio del arbitraje, lo que a nuestro entender también debería ser materia de control constitucional.

Un segundo aspecto relevante se refiere al momento en que puede llevarse a cabo el control constitucional, el que de acuerdo al TC, solo puede ser ex post al proceso arbitral y siempre y cuando se hayan agotado las vías previas previstas por la propia ley arbitral; esto es, el uso de los recursos de apelación o de anulación del laudo:

“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5°, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo...”.

Este precedente constitucional ha sido ratificado en el caso N° 04972-2006-PA/TC, del 17/10/2007, entre Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A., así como en el



caso N° 1567-2006-PA/TC antes mencionado. En este caso particular, el TC ha señalado expresamente que la vía del amparo no puede ejercitarse sobre procesos arbitrales en trámite, sino que debe esperarse que se agoten las vías previas previstas en la ley específica, incluso para revisar cuestiones que pueden ser consideradas previas, como la validez o invalidez de un convenio arbitral:

“El Tribunal recuerda, en ese sentido, que la razón de no haber considerado las reglas de competencia judicial para el caso del amparo contra resoluciones judiciales como aplicables para el caso del amparo arbitral, o, a su turno, para el caso del amparo electoral, se fundan en el hecho de que su determinación está sujeta al principio de legalidad. En efecto, la competencia de un tribunal de justicia por razón de la materia debe encontrarse fijada en la ley. Por tanto, ante la inexistencia de una norma legal que fije las reglas de competencia judicial del amparo arbitral, el Tribunal Constitucional no podrá exigir que el justiciable haya interpuesto su demanda de amparo ante un órgano jurisdiccional que no ha sido declarado, prima facie, como competente para conocer de un determinado asunto. Igualmente, el Tribunal advierte que el criterio al que se acaba de hacer mención no es aplicable en aquellos casos en los que el agravio se produce por efecto de un laudo arbitral, puesto que una vez que éste se cuestione mediante los medios impugnatorios previstos en la Ley General del Arbitraje, su resolución corresponde al Juez. Y si “(...) bien el recurso de anulación establecido en el artículo 61° de la Ley General de Arbitraje N.° 26572 [como también el recurso de apelación, si ese fuera el caso] no constituye, stricto sensu, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho (...)”, también lo es que, en supuestos de esa naturaleza, el amparo no sólo persigue cuestionar el laudo arbitral, sino también la decisión judicial que lo legitima, bajo los alcances del principio de definitividad, ínsito a la exigencia de contarse con una resolución judicial firme, en los términos del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, como antes se ha advertido...”<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Cfr. Hesse Martínez, Guillermo, “El arbitraje ante el Tribunal Constitucional: Avances en su legitimidad jurisdiccional”, en Artículos Centro de Estudios para el Desarrollo de la Justicia, PROJUSTICIA, 11 de diciembre de 2009, disponible en: <http://www.projusticia.org.pe>

### CONCLUSIÓN

La presente conclusión deberá comprobar o refutar la hipótesis sostenida, en base al problema jurídico oportunamente planteado. Cabe recordar nuevamente, ¿qué sucede si en el laudo arbitral se declara la inconstitucionalidad de una norma?, o en otras palabras, ¿puede un árbitro declarar la inconstitucionalidad de una norma?

El hecho que en nuestro país el control de constitucionalidad sea difuso, no implica que tan delicada atribución, como ser la declaración de inconstitucionalidad, pueda ser reconocida a instituciones que están fuera del Poder Judicial, y menos aún a instituciones privadas o terceros designados por las partes contratantes.

Entiendo que lo expresado implicaría negar el derecho inalienable de las partes de sustraerse de la jurisdicción otorgada a través de la Constitución Nacional al Poder Judicial y entregarla irrestrictamente al árbitro que sería el juez elegido por ellas para ese conflicto puntual, pero igualmente cierto es que:

Ninguno de los derechos subjetivos reconocidos expresa o tácitamente por la Carta Magna pueden considerarse absolutos, en otras palabras nadie puede ejercer sus derechos de manera ilimitada y sin restricciones.

Quizás ha llegado el momento de preguntarnos si al control de constitucionalidad no hay que limitarlo única y exclusivamente a la Corte, sustrayéndolo de todo otro órgano judicial o arbitral inferior para una mayor seguridad jurídica; no obstante, mientras se mantenga el sistema difuso actual, así como lo ejercen todos los jueces deberán poder ejercerlo también los árbitros.

Lo cierto es que por todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo, se ha demostrado la refutación de la hipótesis propuesta, por parte de la doctrina y de la praxis realizada en base a los fallos analizados.

Por lo que me corresponde considerar que la conclusión a la que cualquier persona racional arribaría es que el árbitro cuenta con las facultades necesarias para declarar la inconstitucionalidad de una norma dentro del proceso arbitral al que las partes se sometieron en ejercicio de la autonomía de la voluntad, que los árbitros interpretan y

aplican la ley vigente a un caso concreto, y para ello cuentan con las mismas facultades que la Constitución y las leyes otorgaron a los jueces estatales, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del “imperium”.

Para más claridad en lo que atañe al control de constitucionalidad el gran maestro Morello nos dice que “rige igualmente para los árbitros el deber en que se hallan los tribunales de justicia” (“latu sensu” involucrando a los arbitrales) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan conformidad o no con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, deber que constituye uno de los fines superiores del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los posibles abusos de los poderes públicos...’<sup>62</sup>.

Por las expresadas razones y aunque mi propuesta deviene abstracta dejo realizado el planteo a continuación, como una posible solución al problema jurídico sostenido por el presente trabajo.-

---

<sup>62</sup> Morello, Augusto M., “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”, *El Derecho*, Sec. Jurisprudencia, 2002, T. 198, pág. 468.

**PROPUESTA**

Aunque mi propuesta original, a la luz de los resultados de la presente investigación deviene abstracta, dejo realizada la propuesta, como una posible solución al problema jurídico sostenido a lo largo por el presente trabajo.-

Originalmente y dado el lento tratamiento que se le está dando al Proyecto de Código Civil y Comercial, existiendo aún dudas acerca de su sanción, mi propuesta postulaba la creación de una Ley Nacional que limitará las facultades de los árbitros ante el control de constitucionalidad de una norma, debiendo, dado el caso, excusarse de oficio o a pedido de parte, remitiendo el expediente o las actuaciones para que tramiten ante el juez a quien habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiere sometido a arbitraje; y que a su vez alejara la aplicación de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al proceso arbitral, o que sólo se le permita la aplicación de manera subsidiaria de existir lagunas en la ley; alterando de esta forma esa igualdad que se le concede, en los variados artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expuestos con anterioridad, a los laudos arbitrales con respecto a las sentencias judiciales

Hago énfasis en sostener que quizás ha llegado el momento de preguntarnos si al control de constitucionalidad no hay que limitarlo única y exclusivamente a la Corte, sustrayéndolo de todo otro órgano judicial o arbitral inferior para una mayor seguridad jurídica; no obstante, mientras se mantenga el sistema difuso actual, así como lo ejercen todos los jueces deberán poder ejercerlo también los árbitros.

**BIBLIOGRAFIA:**

- **Caivano, Roque J.**, “Arbitraje”, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2000, 2da. ed.
- Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Punto XX “Arbitraje”, Título IV “De los contratos en particular”, Libro Tercero “De los Derechos Personales”, disponible en:  
[http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS\\_DEL\\_ANTEPROYECTO\\_DE\\_CODIGO\\_CIVIL\\_Y\\_COMERCIAL\\_DE\\_LA\\_NACION.pdf](http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf)
- “Anexo - Modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional al Anteproyecto de reforma del Código Civil elaborado por la Comisión de Reformas - Decreto N° 191/2011”, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-PEN.pdf>
- **Haack, Susan**, “Pragmatism, Old and New”, Prometheus Books, Amherst, Nueva York, 2006.
- **James, William**, “Pragmatismo: un nombre nuevo para viejos modos de pensar”, Ed. Alianza, Madrid, 2000.
- **Gelli, María Angélica**, “Constitución de la Nación Argentina -comentada y concordada-”, Ed. La Ley, Bs. As., 2008, 4ta ed., T. I y II.
- **Lonigro, Félix V.**, “Formación ética y ciudadana”, Ed. Macchi, Bs. As., 2006, 3ra ed.
- **Quiroga Lavié, Humberto**, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, Ed. Zavalía, Bs. As., 2007, 4ta ed.
- **Sabsay, Daniel A. - Onaindia, José M.**, “La Constitución de los argentinos”, Ed. Errepar, Bs. As., 2009, 7° ed.
- **Ekmekdjian, Miguel Ángel**, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, LL. 1999-F
- **Bottoni, María Alejandra y Navarro, Marcelo Julio**, “El control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la última década”, LA LEY.
- **Linares Quintana, Segundo V.**, “Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado”, Ed. Plus Ultra, Bs. As., 1987, T. III.

- **Mairal, Héctor**, “Control Judicial de la administración Pública”, Ed. Desalma, Bs. As., 1984, Vol. I.
- **Geny, Francois**, “Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo”, Ed. Reus, Madrid, 1925, 2da. ed.
- **Highton de Nolasco, Elena I.**, “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, disponible en:  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/10.pdf>
- **Sagüés, Néstor Pedro**, “Elementos de derecho constitucional”, Ed. Astrea, Bs. As., 2001, 3ra. ed. -actualizada y ampliada-, T. II.
- **Bielsa, Rafael**, “Derecho constitucional”, Ed. Roque Depalma, Bs. As., 1954, 2ª ed.
- **Carnota, Walter**, “La inconstitucionalidad de oficio una cuestión saldada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, El dial.com.
- **Ossorio, Manuel**, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Ed. Heliasta S.R.L., Bs. As., 1974.
- **Morello, Augusto M.**, “El arbitraje en la encrucijada”, JA, fasc. 7 del 18/8/2004, III-10.
- **Tepfer, Mónica V.**, “Una puesta al día en la legislación sobre arbitraje en Argentina”, disponible en:  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/08-winitzky-tepfer.pdf>
- **Bidart Campos, Germán J.**, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I, “El derecho constitucional de la libertad”, Bs. As., 1995.
- **Cuomo, María de los Ángeles Nahid y Giavarini Mercedes Rodríguez**, “El arbitraje comercial internacional en Latinoamérica”, Ed. Palestra, Perú, 2010.
- **Morello, Augusto M.**, “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”, El Derecho, Sec. Jurisprudencia, 2002, T. 198.
- **Hesse Martínez, Guillermo**, “El arbitraje ante el Tribunal Constitucional: Avances en su legitimidad jurisdiccional”, en Artículos Centro de Estudios para el Desarrollo de la Justicia, PROJUSTICIA, 11 de diciembre de 2009, disponible en: <http://www.projusticia.org.pe>

## INDICE

---

1. Carátula	pág. 1
2. Solicitud de tutoría	pág. 2
3. Aceptación del cargo por el tutor	pág. 3
4. Reserva del tema de tesis	pág. 4
5. Dedicatoria	pág. 6
6. Agradecimientos	pág. 7
7. Resumen	pág. 8
8. Tema	pág. 11
9. Problema Jurídico Planteado	pág. 12
10. Hipótesis formulada	pág. 15
11. Motivación	pág. 17
12. Marco Teórico General	pág. 23
13. Objetivos Generales	pág. 27
14. Objetivos Específicos	pág. 28
15. Marco Teórico Específico - Capítulo I - Parte General	pág. 29
15.1 La forma republicana de gobierno	pág. 29
15.2 El Poder Judicial	pág. 31
15.3 Estructura del Poder Judicial	pág. 35
15.4 La independencia del Poder Judicial	pág. 45
15.5 Incompatibilidad de los jueces	pág. 48
15.6 Remoción de los jueces	pág. 50
15.7 La supremacía constitucional	pág. 51
15.8 El control de constitucionalidad	pág.53

15.8.A El control de constitucionalidad en Argentina	pág. 56
15.8.B El control de constitucionalidad de oficio	pág. 58
16. Capítulo II – Parte Especial	pág. 60
16.1. El arbitraje	pág. 60
16.2. Naturaleza jurídica	pág. 61
16.3. La jurisdicción judicial y arbitral	pág. 62
16.4. Los recursos contra el laudo arbitral	pág. 64
16.5. Tratamiento legislativo del arbitraje	pág. 66
17. Metodología	pág. 68
18. Jurisprudencia	pág. 70
19. Derecho y Jurisprudencia Comparada	pág. 79
20. Conclusión	pág. 82
21. Propuesta	pág. 84
22. Bibliografía	pág. 85
23. Índice	pág. 87
24. Nota de elevación de trabajo final	pág. 89
25. Autoriza la publicación	pág. 90



**NOTA DE ELEVACIÓN DE TRABAJO FINAL**

Boulogne, XX de XXXXX del 201X.-

**Director de la Carrera de Abogacía**  
**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.**

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico que el alumno **Alejandro Mariano Lofredo** ha confeccionado bajo mi supervisión el trabajo final que lleva el título: **“EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES”**. Creo que por la calidad de su contenido merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.-

Sin otro particular, saludo a Ud. Atte.

Firma: \_\_\_\_\_

Apellido y Nombre: Ramiro J. Cordoba

Domicilio:

E-mail:

**AUTORIZA LA PUBLICACION**



Lofredo, Alejandro Mariano con D.N.I. N° 28.615.427 autorizo por la presente a la Biblioteca de la Universidad Abierta Interamericana a publicar el trabajo final de mi autoría que se detalla a continuación, en la página web de la Universidad, a permitir sin límites la consulta de la misma por Internet y a entregar copias unitarias a los usuarios que las soliciten con fines de investigación y estudio. En todos los casos se deja constancia que la reproducción del presente en forma total o parcial y por cualquier medio está prohibida sin el consentimiento del autor y protegida por los artículos 71 a 78 de la ley 11.723.-

**DATOS DEL TRABAJO FINAL:**

**TÍTULO DEL TRABAJO FINAL:** EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES.-

**TITULO OBTENIDO CON EL TRABAJO FINAL:** ABOGADO.-

**FECHA DEL TRABAJO FINAL:** EN BUENOS AIRES, A LOS SEIS DÍAS DEL MES DE MAYO DE DOS MIL CATORCE.-

**FIRMA:** \_\_\_\_\_