



Universidad de
SanAndrés

Departamento de Derecho

Trabajo de Graduación – Abogacía

La Declaración de Inconstitucionalidad en los Tribunales Arbitrales

Mentor: Julio César Rivera (h)

Autor: Delfina Ramírez Calvo

Legajo: 30253

RESUMEN

La resolución de controversias en sede arbitral es una herramienta habitual a la que acuden los privados. Ello por diferentes motivos, eficiencia en tiempos y costos, la posibilidad de designar a parte del tribunal comprenderá el conflicto, entre otros. Naturalmente, la existencia de un proceso alternativo al judicial motivó cuestionamientos, como si los árbitros son parte del Poder Judicial, si ejercen jurisdicción y si pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma. Las dos primeras cuestiones han quedado zanjadas, al menos para una basta mayoría los árbitros son cuerpos extrajudiciales que ejercen jurisdicción. El objeto de este trabajo será analizar los argumentos en torno a la declaración de inconstitucionalidad en los tribunales arbitrales.

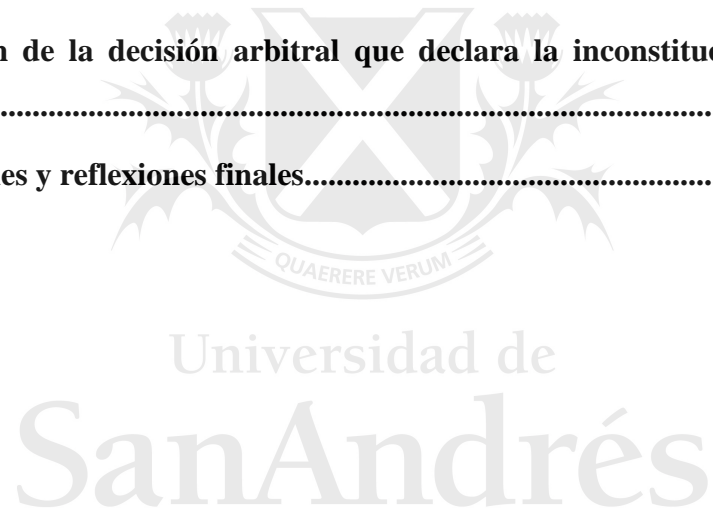
La investigación en primer lugar se centrará en analizar los orígenes del control de constitucionalidad en el sistema estadounidense, el cual tuvo una enorme influencia en la Constitución Argentina y específicamente en el diseño del Poder Judicial. Luego se analizará la jurisdicción que ejercen los tribunales arbitrales y cómo es receptado el arbitraje en el derecho argentino. Finalmente, conforme lo desarrollado en los capítulos precedentes, se concluirá con el análisis de la declaración de inconstitucionalidad en los tribunales arbitrales.



Universidad de
San Andrés

ÍNDICE

1	Introducción	1
2	Origen del control de constitucionalidad.....	3
2.1	El caso de Estados Unidos	3
2.2	El control de constitucionalidad en Argentina	10
2.3	Control de constitucionalidad en procesos administrativos	14
3	Naturaleza del arbitraje	17
3.1	La jurisdicción judicial y arbitral	17
3.2	El arbitraje en el sistema jurídico argentino.....	20
4	El ejercicio del control de constitucionalidad por un árbitro	23
5	La revisión de la decisión arbitral que declara la inconstitucionalidad de una norma	30
6	Conclusiones y reflexiones finales.....	33



1 Introducción

El arbitraje es un sistema de resolución de conflictos alternativo al que ofrece el Estado. Es una posibilidad que tienen las partes de encauzar conflictos y resolverlos utilizando un proceso que resulta más apto para el caso concreto. En otras palabras, permite “*confeccionar un proceso como traje a la medida para lo que necesita*”¹.

El proceso judicial y el proceso arbitral son complementarios dentro de un sistema jurídico², es decir, conviven dentro de un mismo ecosistema y no son excluyentes entre sí. Cabe aclarar que, no cualquier disputa puede ser sometida ante un tribunal arbitral, sino solo aquellas que versen sobre derechos disponibles. Por ejemplo, en un contrato de compraventa de acciones, las partes pueden pactar una cláusula que establezca que un tribunal arbitral será el competente ante cualquier controversia que surja de esa relación contractual. De tal forma las partes estarían disponiendo de sus derechos de propiedad.

Lo cierto es que la coexistencia entre el proceso arbitral y judicial despierta ciertos interrogantes: ¿Ejercen los árbitros jurisdicción? Si bien este punto será desarrollado en el capítulo II, adelanto que estos cuerpos extrajudiciales sí ejercen jurisdicción. En consecuencia, ¿podría un árbitro realizar un control de constitucionalidad de una norma de derecho argentino a pedido de parte? Me limitaré a realizar ese análisis aplicado al derecho argentino, ya que no es lo mismo plantear esa cuestión en un sistema jurídico con un control de constitucionalidad difuso (como lo es en argentina) o concentrado (como surge de la tradición francesa).

A modo de ejemplo, en el contexto de la crisis del 2001 se dictaron normas que establecieron la convertibilidad “uno a uno” de las obligaciones contraídas en dólares, prohibiendo a los acreedores rechazar el pago en pesos. De forma simplificada, el Estado argentino modificó unilateralmente cláusulas contractuales por vía legal. Asimismo, se derogó la ley que evitaba la devaluación del peso argentino y el peso sufrió una enorme desvalorización. Por ende, los

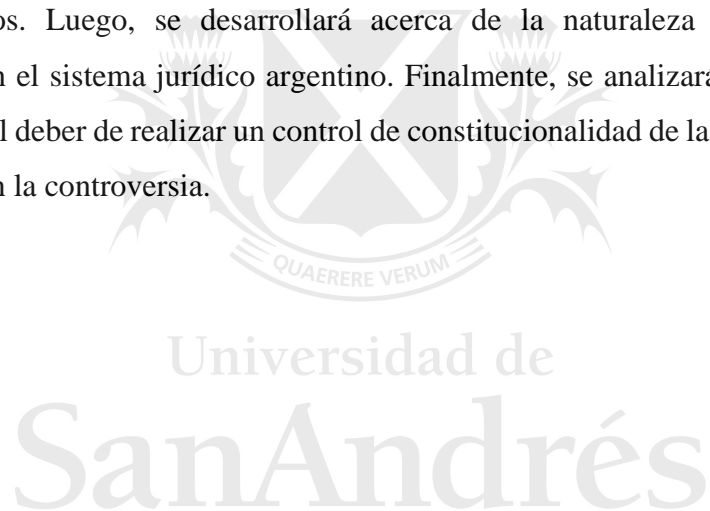
¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Arbitraje y constitución en América Latina”, *Revista ALARB*, Asociación Latinoamericana de Arbitraje, 2020, Vol. I, págs. 15-37.

² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Arbitraje y constitución en América Latina”, *Revista ALARB*, Asociación Latinoamericana de Arbitraje, 2020, Vol. I, págs. 15-16.

acreedores recibirían como pago una moneda diferente a la acordada y que, además, se depreciaba con cada día que pasaba.

A raíz de ello los acreedores iniciaron múltiples reclamos ante tribunales arbitrales por el incumplimiento del contrato. ¿Podría en ese caso un árbitro declarar la inconstitucionalidad de la ley de convertibilidad y obligar al pago en dólares? ¿Tiene las facultades necesarias? En el caso de que las tenga, ¿cuál es el grado de deferencia que debe tener respecto de las decisiones tomadas por los tribunales nacionales? Es cierto que el caso aludido involucra cuestiones políticas y económicas propias de una de las peores crisis vividas en el país. Esas cuestiones exceden al derecho y a la investigación realizada en el presente trabajo.

Para poder contestar los interrogantes planteados anteriormente, en primer lugar, será necesario comprender el sistema constitucional argentino y los orígenes del control de constitucionalidad en Estados Unidos. Luego, se desarrollará acerca de la naturaleza del arbitraje y su compatibilidad con el sistema jurídico argentino. Finalmente, se analizará si un árbitro tiene las facultades y/o el deber de realizar un control de constitucionalidad de las normas argentinas que deba aplicar en la controversia.



2 Origen del control de constitucionalidad

Antes de analizar si un tribunal arbitral tiene facultades para realizar un control de constitucionalidad en el derecho argentino (y llegado el caso declarar la inconstitucionalidad de la norma), lógicamente, es necesario comprender qué es el control de constitucionalidad. Para ello debe remitirse a los orígenes del control de constitucionalidad en Estados Unidos. Ello a raíz de la enorme influencia que ha tenido en la redacción de la Constitución argentina, especialmente en la organización del poder judicial³.

El objetivo es comprender la justificación normativa del control de constitucionalidad y de dónde surge la autoridad de los magistrados para ejercerlo. Únicamente así sería posible discutir si un árbitro tiene las facultades y/o el deber de declarar la inconstitucionalidad de una norma de derecho argentino.

2.1 El caso de Estados Unidos

Los primeros casos de control de constitucionalidad en Estados Unidos pueden rastrearse en los inicios del país, muchos años antes del famoso precedente *Marbury v. Madison*⁴. Así, nació la concepción de la constitución como una norma jurídica fundamental escrita, el Poder Legislativo como un órgano limitado y la separación de poderes entre la función legislativa y la función judicial⁵.

Luego de la declaración de independencia, en 1776 y con propósito de la guerra de independencia contra Gran Bretaña, las legislaturas locales de las colonias dictaron leyes en materia de traición (entre otras). A pesar de que ninguna de las constituciones de los estados preveía la posibilidad de los jueces de realizar el control judicial de constitucionalidad de las leyes, hubieron abogados que plantearon una contradicción entre normas dictadas por legislaturas locales y las constituciones de esos estados. Fueron los primeros planteos en donde

³ GARCÍA MANSILLA, Manuel y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes derogatorias”, *Suplemento Constitucional N°2*, La Ley, Buenos Aires, 2022, pág. 30.

⁴ GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 474.

⁵ GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 476.

se intentó convencer a los jueces de la contradicción entre las leyes cuestionadas y sus constituciones y que debían ser dejadas sin efecto⁶. Cabe remarcar que, en muchos casos, los jueces hicieron lugar a los planteos de inconstitucionalidad.

Manuel García Mansilla explica que la combinación entre la herencia anglosajona y las ideas innovadoras que surgieron con la Revolución norteamericana, dieron lugar al control judicial de constitucionalidad. Es decir, los revolucionarios norteamericanos tomaron la tradicional función judicial que ejercían los jueces en el mundo anglosajón⁷, donde rige el *common law*, y lo combinaron con el reconocimiento de la constitución escrita como norma jurídica fundamental, la concepción del Poder Legislativo como órgano limitado por ella y finalmente la separación de poderes.

La constitución pasó a ser concebida como un límite a todos aquellos que gobiernan, tutelada por los jueces como norma superior a cualquier otra. Además, comenzó a pensarse a la constitución como una expresión del poder soberano del pueblo. Esta nueva idea de la constitución, donde el resto del ordenamiento debe subordinarse, sucedió primero a nivel estatal y luego federal⁸.

Asimismo, García Mansilla señala que la idea de la constitución como ley suprema puede rastrearse en trabajos de autores de un período anterior, como Emer de Vattel⁹ que en 1758 publicó *The Law of Nations* (en francés y luego, en inglés), donde desarrolla la idea de que el Parlamento no puede modificar la constitución sin límite alguno, ya que estarían destruyendo las bases de su propia autoridad. Esa misma idea fue la que se replicó en 1768 en la carta enviada por la Cámara de Representantes de Massachusetts (Estados Unidos) al Conde de Shelburne en el contexto del conflicto por las llamadas *Townshend Acts*, sancionadas en

⁶ GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 474.

⁷ GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 476.

⁸ GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 476.

⁹ Filósofo suizo, diplomático y jurista, nacido en 1714 y fallecido en 1767. Fue quien sentó las bases del derecho internacional moderno y la filosofía política.

1767 por el Parlamento británico para, entre otras cosas, aumentar la recaudación de impuestos en las colonias¹⁰.

El autor explica que junto con las ideas revolucionarias comenzaron a aparecer constituciones, como la de Georgia de 1777, que preveían mecanismos especiales para la reforma. Es decir, la misma constitución impone un límite al Poder Legislativo, reforzando su supremacía. Luego, en 1780 comenzó una oleada de reformas constitucionales, que serían instrumentadas de una forma novedosa, por medio de convenciones constituyentes. Dicho mecanismo se asimila a la convención constituyente como la conocemos hoy: un cuerpo creado exclusivamente para trabajar en la reforma constitucional y concluido el asunto se disuelve. Detrás subyace la convicción de que el Poder Legislativo no tiene facultades para modificar la constitución a gusto, sino que debe atenerse a sancionar leyes en conformidad con esa la ley suprema.

Ese reconocimiento de un nuevo tipo de constitución, con sus características de ser escrita y ser la norma de máxima jerarquía (higher law) en el ordenamiento jurídico, implicó una enorme transformación en la lógica constitucional de la época. Esa innovación fue la que les permitió a los abogados argumentar ante los jueces de los diversos estados su utilización para resolver casos concretos y, de esta forma, ayudar a establecer, diseminar y normalizar el control judicial de constitucionalidad entre las décadas de 1780 y 1790¹¹.

Desde esa perspectiva es que la aplicación de las normas constitucionales se consideró como parte del deber de tutela judicial en la resolución de conflictos y, en el caso de invalidación de una norma de rango inferior, también es un refuerzo a la separación de poderes¹². En fin, ello demuestra que la idea del control judicial de constitucionalidad ya era parte del sistema estadounidense antes de la famosa sentencia del juez Marshal en *Marbury v. Madison*, incluso antes de la sanción de la constitución federal en 1787.

¹⁰ GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 480.

¹¹ GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 485.

¹² GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 488.

Si bien hoy es una práctica asentada en la jurisprudencia de Estados Unidos, la constitución no atribuye expresamente a las cortes federales el poder de realizar un control de constitucionalidad sobre las normas emitidas por el poder ejecutivo y legislativo. *Marbury v. Madison* es el primer caso posterior a la sanción de la constitución en 1787, en donde la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley, haciendo prevalecer la supremacía constitucional.

El caso nace en 1800 con el fin de la segunda presidencia en la historia de los Estados Unidos, la del presidente federalista John Adams, y el comienzo del gobierno republicano de Thomas Jefferson. En un intento de continuar teniendo cierto poder e influenciar la presidencia de Jefferson, el partido federalista, logró la sanción de una ley que redujo el número de jueces de la corte de 6 a 5. De tal forma minimizaron la posibilidad de que el partido republicano tenga mayoría de jueces.

Además, dos días antes del fin de su presidencia, Adams nominó 45 nuevos jueces (*circuit judges*) que fueron confirmados por el Senado al día siguiente. El entonces secretario de estado (y miembro de la Suprema Corte), John Marshall, firmó los nombramientos de los jueces que debían ser entregados a los candidatos para hacerse efectivos. No todos los jueces nominados por Adams llegaron a ser nombrados en sus cargos antes del comienzo del mandato de Jefferson. En consecuencia, el nuevo presidente instruyó a su secretario de estado, James Madison, no entregar los nombramientos y así no efectivizar los cargos de los jueces restantes. William Marbury, uno de los candidatos a juez que no hicieron efectivo, inició una acción ante la Suprema Corte de los Estados Unidos (en adelante “SCOTUS”) solicitando el libramiento de un mandamiento judicial (*mandamus*) que le ordene a Marbury entregar los nombramientos.

En ese entonces, una ley sancionada por el congreso establecía la competencia de la SCOTUS para emitir mandamientos judiciales, ordenando realizar un acto determinado establecido por ley a cualquier corte designada o personas en ejercicio de su cargo bajo la autoridad de los Estados Unidos. La Corte entendió que Marbury efectivamente tenía un derecho a ser nombrado juez y que Madison era un funcionario que ejercía su cargo en las condiciones requeridas por ley (es decir, era un sujeto comprendido por la ley y susceptible al *mandamus*).

Sin embargo, la Corte rechazó su jurisdicción sobre el reclamo de Marbury ya que la constitución previa la competencia originaria de la Corte únicamente en los casos concernientes a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y en aquellos en los que sea parte un estado.

Para el resto de los casos la Corte tendría jurisdicción por vía de apelación. Así la ley fue declarada inconstitucional ya que el congreso no puede habilitar nuevos supuestos de competencia originaria. Por lo tanto, la Corte podría comprender la causa únicamente por vía de apelación. En su voto, concluye lo siguiente:

*Ciertamente, todos aquellos que han forjado constituciones escritas han contemplado que formarán la ley suprema y fundamental de la nación, y consecuentemente la teoría de cada uno de tales gobiernos debe ser que una ley de la legislatura, repugnante a la Constitución, es nula*¹³.

Además, agrega que esa teoría debe ser considerada como uno de los principios fundamentales de la sociedad. También delimita a quién corresponde la aplicación del control de constitucionalidad. En palabras de la SCOTUS,

*[c]onstituye enfáticamente un deber del poder judicial y es de su competencia, decir lo que la ley es. Aquellos que aplican la norma a casos particulares deben necesariamente explicar e interpretar dicha norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, las cortes deben decidir cuál es la efectiva. (...) Entonces, si las cortes deben contemplar la constitución y la constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, la constitución, y no tal ley ordinaria debe regir el caso al cual ambas se aplican*¹⁴.

Así, en el sistema estadounidense prima el principio de supremacía constitucional¹⁵. Cabe aclarar que ello no implica que la Corte ejerza una función legislativa. Al contrario, quien “*recurre contra una ley inconstitucional no pide al juez la revisión de la ley; solamente le pide*

¹³ La traducción pertenece a Petracchi, Enrique Santiago, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/25/marbury-v-madison.pdf> (30 de septiembre de 2023).

¹⁴ La traducción pertenece a Petracchi, Enrique Santiago, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/25/marbury-v-madison.pdf> (30 de septiembre de 2023).

¹⁵ GARCÍA MANSILLA, Manuel y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes derogatorias”, *Suplemento Constitucional N°2*, La Ley, Buenos Aires, 2022, pág. 47-48.

que no aplique la norma inconstitucional, sino la fundamental, que obliga tanto a los gobernados como al gobierno y a cualquiera de sus poderes”¹⁶.

Resta entonces mencionar los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad. García Mansilla y Ramírez Calvo señalan que la inconstitucionalidad de una ley existe *per se* y no porque sean declaradas por los jueces, sino por ser contrarias a la Constitución. Los jueces se limitan a reconocer esa inconstitucionalidad, por lo que sus sentencias son declarativas (no constitutivas)¹⁷.

Además, esa declaración puede tener efectos expansivos y de aplicación general en el derecho, o limitados al caso concreto¹⁸. Aquello depende de si el cuestionamiento a la ley fue planteado *on its face* o *as applied*. En el primer caso, supone una invalidez manifiesta de la ley con independencia de cómo se aplique, por ello la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos expansivos y generales. Mientras que en el segundo la inconstitucionalidad surge de la aplicación en el caso concreto y depende de las circunstancias y hechos planteados en la causa, por ende, los efectos aquí son limitados¹⁹.

Resulta relevante para nuestro análisis final resaltar que

*[1]a declaración de inconstitucionalidad **afecta la validez** de una norma, pero **no necesariamente su vigencia o aplicabilidad**. La inconstitucionalidad implica que la norma deja de aplicarse por ser incompatible con una norma de jerarquía superior. En otras palabras, cuando un tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma, lo que hace es decir que carece de validez. La consecuencia de esa carencia de validez es la nulidad de la norma. Si bien la nulidad debería implicar la pérdida de vigencia y de aplicabilidad de la*

¹⁶ BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario: jurisdicción de la Corte Suprema*, 2º edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 53.

¹⁷ GARCÍA MANSILLA, Manuel y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes derogatorias”, *Suplemento Constitucional N°2*, La Ley, Buenos Aires, 2022, pág. 31.

¹⁸ GARCÍA MANSILLA, Manuel y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes derogatorias”, *Suplemento Constitucional N°2*, La Ley, Buenos Aires, 2022, págs. 31 y 33.

¹⁹ GARCÍA MANSILLA, Manuel y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes derogatorias”, *Suplemento Constitucional N°2*, La Ley, Buenos Aires, 2022, pág. 31 y 33.

*norma inválida, eso no necesariamente es así, en especial en los países con sistema de control judicial de constitucionalidad difuso*²⁰ (el resaltado es propio).

Es decir, como expliqué anteriormente, la declaración de inconstitucionalidad planteada *on its face* implicaría la pérdida de validez y vigencia o aplicabilidad de una norma. Sin embargo, ante un planteo *as applied*, la inconstitucionalidad de la norma implicaría únicamente la invalidez en el caso concreto.

Dicho esto, cabe aclarar que el control de constitucionalidad en Estados Unidos es difuso, lo que implica que aquel es un deber que corresponde a todos los jueces, sin distinción de materia o grado, siendo la Corte el intérprete final de la Constitución. En contraposición, el control de constitucionalidad concentrado otorga la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas exclusivamente al tribunal supremo.

Este último surge como consecuencia de: (i) la tradición francesa, en donde el juez era un funcionario estatal (no un poder estatal) sometido al Poder Legislativo y limitado a la aplicación mecánica de la ley en casos concretos²¹; y (ii) la teoría de Kelsen en donde planteó la necesidad de atribuir el poder de nulificar actos contrarios a la Constitución a un tribunal constitucional, el cual ejerce una función legislativa que caracteriza como “*legislación negativa*”²². Es decir, a raíz de la desconfianza hacia el Poder Ejecutivo, los revolucionarios franceses establecieron una drástica separación de poderes y situaron a la legislatura como el centro de poder de la Constitución. Además, el antecedente de la obstaculización de los magistrados a las reformas de la administración real llevó a los revolucionarios a rechazar la idea de otorgar a los tribunales poder por sobre el Poder Legislativo y el Judicial²³.

²⁰ GARCÍA MANSILLA, Manuel y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes derogatorias”, *Suplemento Constitucional N°2*, La Ley, Buenos Aires, 2022, pág. 49.

²¹ VITURRO, Paula, *Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, págs. 25-30.

²² GARCÍA MANSILLA, Manuel J. y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 97.

²³ GARCÍA MANSILLA, Manuel J. y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, pág. 97.

En fin, la diferencia entre el control de constitucionalidad francés y el estadounidense no solo es el carácter concentrado y difuso respectivamente, sino que el primero acepta que los jueces ejercen una función legislativa al anular una norma, mientras que el segundo considera que es una facultad jurisdiccional que se limita al reconocimiento de algo que ya existía (la inconstitucionalidad).

En el sistema de control de constitucionalidad concentrado, lógicamente, los tribunales inferiores deben seguir la interpretación constitucional del tribunal constitucional, ya que carecen de facultades para realizar una interpretación autónoma. En contraposición, parecería que en el sistema difuso al ser una atribución que corresponde a todos los tribunales, no existe obligatoriedad de seguir la interpretación de la Corte. Sin embargo, tomando el caso de Estados Unidos, las sentencias de la SCOTUS crean un precedente que obliga (en principio) al resto de los jueces. Ello se conoce como la doctrina del precedente, la cual es inherente (pero no exclusiva) al *common law*²⁴. En el derecho anglosajón la obligatoriedad recae sobre el *holding* de la sentencia. Por esa razón es que se le otorga tal trascendencia a una sentencia, ya que será el criterio que deberán seguir, en principio, el resto de los jueces en casos análogos.

Como adelanté anteriormente, el poder judicial en la Argentina es una copia de la organización judicial que establece la Constitución de los Estados Unidos. La diferencia que existe con el sistema de control de constitucionalidad estadounidense es el respeto por el precedente. En el derecho argentino, por cuestiones políticas hemos tenido una Corte muy cambiante en su integración y así, en su criterio o teoría doctrinaria.

2.2 El control de constitucionalidad en Argentina

La Constitución Argentina tampoco establece una norma expresa que otorgue a los jueces jurisdicción para controlar la constitucionalidad de una norma, “*pero es indudable que en forma implícita existe la atribución de esa competencia*”²⁵. Eso se desprende del principio de supremacía constitucional que surge de los arts. 27, 28, 30 y 31 de la Constitución. Especialmente, el artículo 31 dispone que la “*Constitución, las leyes de la Nación que en su*

²⁴ GARAY, Alberto F., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, págs. 194-195.

²⁵ GHIGLIANI, Alejandro E., *Del “control” jurisdiccional de constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 5.

consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación". Por ende, carecería de sentido que los jueces se vean obligados a respetar aquella jerarquía, pero no tengan jurisdicción para decidir ante una contradicción de una norma de rango inferior y una constitucional y concluir en una declaración de inconstitucionalidad.

Suele invocarse la metáfora de Ulises y las sirenas en la *Odisea* como analogía a la voluntad del pueblo de autolimitarse por medio de una Constitución escrita. Ulises, conociendo sus debilidades, ante el canto de las sirenas que lo llevaría a la muerte, ordenó a sus marineros que lo ataran a un mástil y que no lo soltaran bajo ninguna circunstancia. De forma similar, la Constitución sería la voluntad del pueblo de atar sus propias manos, previendo la debilidad del hombre por el poder.

Es aceptado que con la Constitución se sancionan normas destinadas a cierta duración, que tienen más solidez que las normas legislativas. Son normas fundamentales que aseguran estabilidad y certeza para la existencia del Estado y de su orden jurídico. Esas normas constituyen un *"dique a las corrientes transitorias o circunstanciales de los cuerpos legilastivos"*²⁶ y se encuentran por sobre todo otro poder del estado. La misma Constitución establece en el artículo 31, el orden de prioridad de aplicación de las normas, lo cual es una *"regla irrefragable para todos los tribunales de cualquier fuero, jurisdicción y jerarquía, nacionales y provinciales"*²⁷.

Entonces, siendo estas normas fundamentales que emanan del pueblo, para asegurar sus derechos básicos y dejarlos fuera del alcance de los legisladores, *"cualquiera a quien la norma o garantía protege, puede invocar la garantía y pedir al magistrado su protección"*²⁸. En fin,

²⁶ BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario: jurisdicción de la Corte Suprema*, 2° edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 52.

²⁷ BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario: jurisdicción de la Corte Suprema*, 2° edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 53.

²⁸ BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario: jurisdicción de la Corte Suprema*, 2° edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 53.

al aplicar una ley, lo primero que los jueces deben establecer es su conformidad con la Constitución Nacional²⁹.

En el derecho argentino, la idea del control de constitucionalidad puede rastrearse antes de ser llevada ante los tribunales judiciales. En 1857, en el Senado de la Confederación reunido en Paraná, Manuel Zapata, miembro informante de la comisión que examinaba el proyecto de ley reglamentaria sobre organización, jurisdicción y competencia de los tribunales de la Nación, expuso ante la Cámara la tesis de la supremacía constitucional y el deber de los jueces de proteger ese principio y prescindir “*de toda otra norma inconciliable con ella*”³⁰.

Al año siguiente, en el marco del mismo debate, el ministro de Justicia, Juan del Campillo, explicó a la Cámara que sus poderes derivan de la Constitución y no tienen la facultad de alterarla, al contrario de lo que sucede en el sistema parlamentario en Inglaterra, donde el parlamento tiene la facultad de modificar la Constitución. Agregó también que cualquier ley que no fuese sancionada según la Constitución no es ley, por ende, no puede obligar al Poder Judicial, encargado de sostener y defender los principios que ella establece³¹.

El primer planteo de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue en 1863 en el caso “*Ríos, Ramon, y otros*”³² en donde se cuestionó la validez de un decreto emitido por el Poder Ejecutivo de la Confederación que, para suplir la falta de tribunales aún no creados por el Congreso, confirió al Capitán del Puerto de Rosario de Santa Fe la jurisdicción marítima en lo civil y criminal³³. En su sentencia la Corte entendió que la Constitución otorgó poderes para crear tribunales al Congreso, no al Poder Ejecutivo y remarcó el principio de separación de poderes allí consagrado. Así declaró que el decreto del Poder Ejecutivo “*no tiene valor alguno legal, porque él importa una usurpación de las atribuciones*

²⁹ BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario: jurisdicción de la Corte Suprema*, 2º edición, Depalma, Buenos Aires, 1958, pág. 65.

³⁰ GHIGLIANI, Alejandro E., *Del “control” jurisdiccional de constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1952, págs. 55-56.

³¹ GHIGLIANI, Alejandro E., *Del “control” jurisdiccional de constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1952, págs. 56-57.

³² Fallos, 1:32.

³³ GHIGLIANI, Alejandro E., *Del “control” jurisdiccional de constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1952, págs. 58-59.

del Poder Legislativo” y, en consecuencia, de la falta de jurisdicción en el Capitán del Puerto “*es nulo todo el conocimiento que ha tomado de la causa*”³⁴.

El sistema de control de constitucionalidad argentino reconoce el efecto de la inconstitucionalidad en un caso en concreto, así como también el efecto extensivo y general, como fue reconocido numerosas veces por la CSJN³⁵ y recientemente en el fallo “*Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional*” que declara la inconstitucionalidad de la ley 26.080, que modificó la integración del Consejo de la Magistratura.

Como mencioné anteriormente, la diferencia que existe con el sistema estadounidense es el respeto por el precedente. Se cree que esa diferencia se debe a que Estados Unidos heredó el *common law* del derecho anglosajón, mientras que Argentina adquirió el derecho civil. Eso no es así, ya que bajo ese derecho la utilización del precedente se impone en materia de “*responsabilidad civil contratos, derecho penal, pero no en el derecho federal que es fundamentalmente derecho legislativo (statute law)*”³⁶. En fin, la diferencia entre ambos sistemas es el respeto por el precedente, pero ello surge de la historia político-constitucional de nuestra Corte Suprema y no necesariamente del derecho civil en contraposición al *common law*.

Autores como Alberto Garay aseguran la existencia de la doctrina del precedente en las decisiones de la Corte³⁷. Al ser la Corte Suprema el último intérprete de la Constitución, su decisión debería ser respetada y aplicada por el resto de los cuerpos judiciales. Además, la doctrina del precedente (que también obliga a la propia Corte) asegura un trato igualitario en casos análogos, abre paso a la estabilidad de la jurisprudencia, contribuye a economizar el tiempo y refuerza la supremacía de la ley (comprendido en sentido amplio) que rige los casos³⁸.

³⁴ Fallos, 1:32.

³⁵ Fallos 328:566; Fallos 338:725; Fallos 336:1774.

³⁶ GHIGLIANI, Alejandro E., *Del “control” jurisdiccional de constitucionalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 208.

³⁷ GARAY, Alberto F., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pág. 194.

³⁸ GARAY, Alberto F., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, págs. 218-224.

Sin embargo, por razones que responden a la inestabilidad política que ha tenido este país, la Corte ha sido manipulada e incluso removida más de una vez por el sector político. Como resultado, la construcción de un precedente en nuestro derecho ha sido muy débil y cambiante.

En conclusión, nuestro sistema judicial fue tomado del sistema estadounidense. El control de constitucionalidad funciona de la misma manera en ambos sistemas (con la salvedad del respeto por el precedente). Así, la declaración de inconstitucionalidad (i) es una expresión de la supremacía de la Constitución; (ii) es una facultad inherente al poder judicial que ejercen todos los jueces, pero que tiene como intérprete final a la Corte Suprema; (iii) es una acción declarativa que reconoce la invalidez preexistente de una norma; (iv) no implica un ejercicio de la función legislativa, sino que se pide que se aplique la norma fundamental y se deje de lado la norma inconstitucional; (v) puede tener efectos en el caso concreto o extensivos y generales.

2.3 Control de constitucionalidad en procesos administrativos

Una discusión similar a la que se plantea en este trabajo es qué posición debe tomar la Administración pública ante la inconstitucionalidad de una norma. Hay quienes afirman que el Poder Ejecutivo puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, o no aplicarla por inconstitucional, mientras que otros sostienen lo contrario³⁹.

Según Marienhoff el Poder Ejecutivo tiene la potestad de inaplicar una ley por ser inconstitucional en un caso concreto, pero no de declararla inconstitucional. Ello es así porque la declaración de inconstitucionalidad corresponde al Poder Judicial. Sin embargo, conforme al art. 31 de la Constitución Nacional, el presidente se encuentra obligado, en primer lugar, por la Constitución. Por lo tanto, en caso de una contradicción con la ley, la administración debe aplicar la Constitución⁴⁰.

³⁹ COMADIRA, Julio Pablo, “La Administración Pública Frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo”, *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, págs. 833-835.

⁴⁰ COMADIRA, Julio Pablo, “La Administración Pública Frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo”, *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, págs. 835-836.

Así también Comadira (padre) sostuvo la autoridad del Poder Ejecutivo para declarar o inaplicar -ambas entendidas como equivalentes- una ley por inconstitucional. Para ello la inconstitucionalidad de la norma debía ser razonablemente evidente o que ya haya sido declarada por la CSJN, o resulte de decisiones reiteradas de instancias inferiores⁴¹.

Entre quienes sostenían la postura contraria, Sarmiento García rechaza la distinción de Marienhoff entre la declaración de inconstitucionalidad y la no aplicación de la ley y sostiene que los órganos del Estado deben aplicar las leyes tal cual le son dadas, con excepción del Poder Judicial, que es el único que puede declarar la inconstitucionalidad y abstenerse de aplicar la ley⁴².

Así también Gelli señala que aceptar la declaración de inconstitucionalidad o inaplicabilidad de la norma por la administración implicaría hacer desaparecer los principios de legalidad y división de poderes. Además, sostiene que permitir la no aplicación de la ley podría convertirse en una herramienta del Poder Ejecutivo para zanjar los conflictos con el Poder Legislativo. En un criterio similar, Soria entiende que los planteos de inconstitucionalidad no pueden ser dirimidos por la Administración, sino que son de competencia exclusiva del Poder Judicial⁴³.

La CSJN, se ha pronunciado sobre la cuestión en la causa “*Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal SA c/ Gobierno de la Provincia de Salta*”. En su decisión aludió al principio de la separación de poderes y concluyó que aceptar que el Poder Ejecutivo pudiera apartarse de una ley por considerarla inconstitucional, se estaría desconociendo que el Poder Judicial es el único con autoridad para juzgar la validez de las normas dictadas por el Poder Legislativo. Así, se permitiría la concentración de poderes en cabeza de la administración.

Comparto la decisión de la Corte, en cuanto la administración no podría arrogarse la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley o no aplicarla por considerarla inconstitucional. Por un lado, el principio de supremacía constitucional y la obligación del presidente de actuar

⁴¹ COMADIRA, Julio Pablo, “La Administración Pública Frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo”, *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 836.

⁴² COMADIRA, Julio Pablo, “La Administración Pública Frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo”, *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 840.

⁴³ COMADIRA, Julio Pablo, “La Administración Pública Frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo”, *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 841.

conforme a la Constitución no implica que el Poder Ejecutivo sea el competente para ejercer el control de constitucionalidad. Por otro lado, la diferencia que se hace entre la declaración de inconstitucionalidad y la no aplicación de una ley por ser inconstitucional carece de sentido. Como analicé anteriormente, uno de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto es la no aplicación de la norma con efectos limitados al caso. En fin, la distinción entre declaración de inconstitucionalidad y no aplicación de la ley son dos caras de una misma moneda.



Universidad de
San Andrés

3 Naturaleza del arbitraje

Como fue adelantado en la introducción, el arbitraje no es un reemplazo al sistema judicial, sino una vía alternativa de resolución de controversias sobre derechos de libre disposición. Cabe aclarar que los tribunales arbitrales son cuerpos extrajudiciales, *i.e.* no forman parte del poder judicial de un estado.

3.1 La jurisdicción judicial y arbitral

La existencia de tribunales arbitrales que coexisten con los judiciales motivó interrogantes como: ¿Los árbitros ejercen jurisdicción? ¿Son órganos jurisdiccionales?⁴⁴ A los efectos de este trabajo, la pregunta resulta relevante para comprender cuál es la autoridad y facultades que posee un árbitro para la resolución de la controversia.

La Constitución Argentina, en su Art. 116 establece que “[c]orresponde 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 (...)”. Lo que implica que a través de la Constitución se delegó la jurisdicción en el Poder Judicial.

El término jurisdicción etimológicamente

proviene del latín “jurisdicti”, que quiere decir “acción de decir el derecho”, no de establecerlo. Es pues la función específica de los jueces, sean éstos integrantes del Poder Judicial estadual o designados por las partes para un contrato en particular. También, significa, la extensión y límites del poder de juzgar, ya sea por razón de la materia, ya sea por razón 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 atribuido⁴⁵.

Así también Roque J. Caviano entiende que la jurisdicción civil

⁴⁴ CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 91.

⁴⁵ MARCHESINI, Gualtiero Martín, *La Declaración de Inconstitucionalidad en el Juicio Arbitral*, pág. 1, disponible en: <http://martinmarchesini.com.ar/media/la-declar.-inconst.-en-j.arbitral.pdf> (30 de septiembre de 2023).

“en sentido estricto, consiste en el ejercicio de una función cuyo objetivo es solucionar pacíficamente los conflictos sometidos a la decisión de un órgano que tenga competencia para resolverlos. Ese órgano sigue un procedimiento que culmina con la emisión de la sentencia que pone fin al diferendo, determinando el derecho que corresponde a cada una de las partes conforme las pretensiones articuladas en el juicio⁴⁶.

Históricamente esa función jurisdiccional se ha comprendido como una de las manifestaciones de soberanía estatal, lo cual es cierto.⁴⁷ Sin embargo, la jurisdicción no es exclusiva del Estado. El concepto de jurisdicción trae aparejado, un interés público en el mantenimiento del orden social y el cumplimiento de las normas, y uno privado que corresponde a los individuos involucrados en el conflicto. No puede negarse a las partes el derecho a satisfacer sus intereses individuales de una forma alternativa, que podría ser por medio de una negociación extrajudicial, mediación o un arbitraje.

Así, los árbitros ejercen jurisdicción y tienen facultades para dirimir un conflicto transable, siempre que este 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 estatales, con la sola excepción del uso de la fuerza, de la coerción, es decir del “imperium” del que disponen éstos últimos pero no los primeros*”⁴⁸. Por ende, los árbitros deciden la controversia sometida ante ellos, pero no pueden ejercer coerción sobre las partes para que estas lo cumplan, sino que para ello deben recurrir al juez correspondiente (quién luego recurre a la fuerza pública). Em caso de que las partes hayan renunciado a los recursos, el juez no podría revisar el fondo de la cuestión, sino que se limitará a reconocerlo (en caso de ser una sentencia extranjera) y ejecutarlo, *i.e.* hacerlo cumplir mediante la fuerza del aparato estatal⁴⁹.

Lo cierto es que, dentro del ámbito de libertad negocial de los particulares, nada impide que renuncien a la jurisdicción de los jueces estatales y la otorguen a magistrados privados. Ello se sostiene además por los ordenamientos jurídicos que respaldan la institución del arbitraje,

⁴⁶ CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 92-93.

⁴⁷ CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 91.

⁴⁸ MARCHESINI, Gualtiero Martin, *La Declaración de Inconstitucionalidad en el Juicio Arbitral*, pág. 2, disponible en: <http://martinmarchesini.com.ar/media/la-declar.-inconst.-en-j.arbitral.pdf> (30 de septiembre de 2023).

⁴⁹ MARCHESINI, Gualtiero Martin, *La Declaración de Inconstitucionalidad en el Juicio Arbitral*, pág. 2, disponible en: <http://martinmarchesini.com.ar/media/la-declar.-inconst.-en-j.arbitral.pdf> (30 de septiembre de 2023).

reconocen a las decisiones arbitrales “*el mismo status jurídico que a una sentencia judicial, poniendo a disposición el aparato estatal de coerción para seguir su cumplimiento forzado*”⁵⁰.

En tal sentido, si es aceptado que un individuo tiene la libertad de renunciar a un derecho propio, en especial cuando tiene contenido patrimonial, va de suyo que también puede sustraer de los magistrados estatales la decisión sobre un conflicto que verse sobre aquellos derechos⁵¹. En ese sentido, Roque J. Caviano explica que, la elección del proceso arbitral implica que las partes otorgan a los árbitros la jurisdicción y renuncian a ser juzgados por los tribunales nacionales⁵².

En conclusión, el arbitraje no interfiere con la facultad jurisdiccional del Poder Judicial, porque no hay obligación de someter ante los poderes públicos la resolución de las controversias que versen sobre derechos disponibles. Asimismo, el estado tiene un interés en admitir estos métodos de resolución de controversias alternativos y hasta fomentarlos, ya que no basta a la organización social con establecer una jurisdicción y dictar las normas por las cuales se habrá de regir. Es necesario, además, que la solución que esa jurisdicción procura llegue en tiempo y forma, pues una definición tardía de un conflicto equivale a una denegatoria de justicia⁵³.

La jurisdicción estatal obligatoria llevaría únicamente a una sobreutilización del sistema judicial, al punto de llevarlo a un colapso. Especialmente en países como la Argentina, donde la demanda de resolución de controversias es alta, diversificar los mecanismos de resolución de controversias generan un alivio en la carga que pesa sobre el Estado.

En fin, la jurisdicción no importa un ejercicio monopólico del aparato estatal, sino que es “una función establecida en el interés y protección de los particulares, por lo que éstos podrán, en el campo de los derechos que pueden disponer libremente, escoger un sistema privado, al que la propia ley otorga naturaleza jurisdiccional”⁵⁴. En consecuencia, un tribunal arbitral entiende

⁵⁰ CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 24.

⁵¹ CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, págs. 24-25.

⁵² CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, págs. 24-25.

⁵³ CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pág. 25.

⁵⁴ CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, págs. 25-26.

una controversia con la misma autoridad que lo hace un juez nacional y su decisión merece el mismo respeto⁵⁵.

3.2 El arbitraje en el sistema jurídico argentino

En el derecho argentino la Constitución Nacional permite sustraer de los magistrados estatales y otorgar a los árbitros particulares o a instituciones que designaron a dichos árbitros, para decidir sobre un conflicto transable⁵⁶. Ello se desprende del art. 19 de la Constitución Nacional “*que ratifica la libertad de cada persona de resolver sus conflictos y autocomponer sus intereses del modo que crean conveniente: tales acciones pertenecen a la esfera privada de los individuos y, como tales, quedan exentas de la autoridad de los magistrados*”⁵⁷.

El derecho argentino recepta distintos tipos de arbitrajes, como el arbitraje comercial doméstico, o el arbitraje comercial internacional o de inversiones. Estos tienen distinto tratamiento bajo las leyes argentinas. Por ejemplo, la ley procesal aplicable al arbitraje doméstico se rige por los distintos códigos procesales de las provincias y por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, mientras que la ley aplicable al fondo de la cuestión es el Código Civil y Comercial de la Nación que regula el contrato de arbitraje en sus artículos 1649 a 1655.

Por otro lado, el arbitraje comercial internacional se rige por la Ley de Arbitraje Comercial Internacional N° 27.449, conjuntamente con los tratados aplicables, como la Convención de Nueva York y la Convención de Viena (conocida como CISG). Ese arbitraje emana de la voluntad de las partes plasmada en un contrato, mientras que el arbitraje internacional de inversiones deriva de un tratado mediante el cual los Estados parte se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales, una futura controversia con un inversor extranjero. En fin, al ser arbitrajes internacionales, tanto el comercial como el de inversiones se rigen por

⁵⁵ MARCHESINI, Gualtiero Martin, *La Declaración de Inconstitucionalidad en el Juicio Arbitral*, pág. 2, disponible en: <http://martinmarchesini.com.ar/media/la-declar.-inconst.-en-j.arbitral.pdf> (30 de septiembre de 2023).

⁵⁶ MARCHESINI, Gualtiero Martin, *La Declaración de Inconstitucionalidad en el Juicio Arbitral*, pág. 2, disponible en: <http://martinmarchesini.com.ar/media/la-declar.-inconst.-en-j.arbitral.pdf> (30 de septiembre de 2023).

⁵⁷ CAIVANO, Roque J., “Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje N°2*, 2006, pág. 113.

normas procesales distintas a las argentinas. Para el caso, se aplicarán las normas procesales dependiendo de a qué institución arbitral se someta el arbitraje.

Tanto para arbitrajes domésticos como internacionales resulta aplicable el artículo 1649 del CCCN que establece que podrán ser sometidas a arbitraje “*las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas [las partes] respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que **no se encuentre comprometido el orden público***” (el resaltado es propio).

Como consecuencia de esa cláusula, se podría ver afectada la validez de un laudo arbitral que sea considerado “*contrario al orden público*”. Cabe aclarar que, para el caso de laudos extranjeros, deben ser reconocidos por un juez argentino para luego poder ser ejecutados. Conforme a la Convención de Nueva York, un juez podría negarse de oficio al reconocimiento y ejecución del laudo para el caso de que el objeto de la diferencia no sea susceptible de arbitraje o que resulte contrario al orden público.

Asimismo, conforme el art. 1656 del CCCN los laudos arbitrales pueden ser revisados por los jueces cuando se invoquen causales de nulidad total o parcial y aclara que es irrenunciable la impugnación judicial del laudo definitivo que fuera contrario al ordenamiento jurídico. Por su parte, los artículos 386 y 307 que regulan el instituto de la nulidad establecen que la nulidad absoluta refiere a los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres y puede ser declarada de oficio si es manifiesta al momento de dictar sentencia y no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

Si bien es cierto que las causales de nulidad de un laudo arbitral son restringidas y se limitan a violaciones procesales que impidan el debido ejercicio del derecho de defensa en juicio o una violación al orden público, históricamente esa última cláusula ha sido utilizada a conveniencia del aparato estatal. En fin, ello genera cierta incertidumbre jurídica, ya que no hay claridad acerca de qué se entiende por orden público.

Sin embargo, en reiteradas ocasiones se sostuvo que la revisión de un laudo arbitral no puede funcionar en la práctica como un recurso de apelación. Recientemente, en 2022, la Sala D de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial en la causa “*Tinogasta Solar S.A. c. Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. s/ organismos externos*” rechazó el recurso de nulidad “*por entender que la anulación de un laudo por resultar contrario al orden*

público debe entenderse como una especie de marcada excepcionalidad, a la que se puede llegar solamente en casos extremos, debiendo prevalecer un criterio restrictivo según el cual la invalidez aparece solo frente a un grave y manifiesto error del laudo en la aplicación de la norma de orden público”⁵⁸.

En virtud de esa interpretación, y en caso de que se considere que el tribunal arbitral tiene el deber de realizar el control de constitucionalidad, quedaría pendiente analizar si se podría cuestionar la validez de un laudo ante el rechazo del tribunal arbitral de ejercer el control de constitucionalidad. Es decir, si la no aplicación de una norma constitucional a pedido de parte podría llevar a la anulación del laudo.

Por último, la decisión arbitral tiene efecto de cosa juzgada, al igual que una decisión judicial, y puede ser ejecutada de manera forzosa conforme al procedimiento previsto para la ejecución de sentencias en el art. 499 del CPCCN⁵⁹.

En fin, queda claro que el arbitraje es un sistema receptado por el derecho argentino, el cual le otorga jurisdicción para comprender las causas que le son sometidas por la voluntad de las partes (o por disposición legal en algunos casos). Un tribunal arbitral es un cuerpo extrajudicial, lo que no obsta que estos ejerzan la misma jurisdicción que los jueces para aplicar el derecho argentino, con la excepción de cuestiones que afecten al orden público. Queda entonces determinar si eso implica que los árbitros están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una ley de la misma manera que lo hace un juez.

⁵⁸ ROTHENBERG, Mónica, *Conformidad de los laudos arbitrales con el orden público: límites del control judicial*, La Ley, 2023, págs 3-4.

⁵⁹ CAIVANO, Roque J., “Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje N°2*, 2006, pág. 100.

4 El ejercicio del control de constitucionalidad por un árbitro

Hasta aquí queda claro que el control de constitucionalidad es una facultad que comprende la jurisdicción del Poder Judicial, que se desprende de la supremacía constitucional y tiene como intérprete final a la CSJN. Más aún, al aplicar el derecho, un juez tiene el deber de velar por las cláusulas constitucionales, declarando la inconstitucionalidad (y así la invalidez) de una norma de jerarquía inferior que contradiga a la Constitución.

Mientras que el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias distinto al que ofrece el Estado, que emite decisiones que merecen el mismo respeto que una sentencia judicial. Además, queda claro que los árbitros ejercen jurisdicción y que de allí surge el status jurídico de su función, cuya raíz es generalmente contractual⁶⁰.

Por ende, si los árbitros ejercen jurisdicción al igual que los magistrados (quienes deben respetar la jerarquía normativa al aplicar el derecho), ¿podría decirse que los árbitros también están facultados/obligados a aplicar las cláusulas constitucionales y declarar la inconstitucionalidad de una norma inferior?

Pareciera que el control de constitucionalidad es una facultad u obligación otorgada por la CN exclusivamente al Poder Judicial. Sin embargo, existen doctrinarios y precedentes que entienden que no existe impedimento para la declaración de inconstitucionalidad por los árbitros.

Jan Paulsson afirma que el tribunal arbitral no solo tiene la autoridad, sino que también puede y debe invocar normas constitucionales y los estándares relevantes del derecho aplicable cuando sea necesario⁶¹. Aquella autoridad y obligación surge de la noción del derecho, entendido como “*un conjunto de leyes abiertas, generales y relativamente estables*”⁶² que fortalecen al sistema jurídico y lo proveen de cimientos estables. Este conjunto normativo es

⁶⁰ CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

⁶¹ OLAS, Andrzej, *May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws*, Kluwer Law International, 2017, págs. 1.

⁶² OLAS, Andrzej, *May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws*, Kluwer Law International, 2017 pág. 1 (la traducción es propia).

complementado por otro orden legal, que tiene el objetivo de dar respuesta a cuestiones complejas y específicas, que surgen a partir de los cambios en la sociedad y responden a las políticas públicas del gobierno de turno. Sin embargo, estas últimas siempre están sujetas a escrutinio por las normas de jerarquía superior. En conclusión, el sistema jurídico demanda ser percibido de forma comprensiva. Por lo tanto, requiere de una aplicación del cuerpo normativo en su totalidad⁶³.

El autor señala que el sistema legal de un país es justamente un sistema, por ende, aplicar una norma de forma aislada de su contexto implicaría vaciarla de su significado original. De tal forma podría llegarse a un resultado que podría ser contrario a la intención del sistema normativo interpretado en su totalidad y de forma armónica. No parecería lógico que el propio sistema que otorga jurisdicción a un árbitro o institución arbitral permita que este vaya en contra de las normas fundamentales. Es decir, el arbitraje forma parte del sistema normativo de un país y debe adecuarse a las cláusulas constitucionales. Por lo tanto, un árbitro no puede disuadir un pedido de inconstitucionalidad⁶⁴. Concluye que “*excluir el derecho constitucional del ámbito de aplicación de los árbitros parece irrazonable y carece de todo fundamento jurídico*”⁶⁵.

Sin embargo, Pierre Mayer considera que el análisis de Jean Paulsson falla en cuanto su argumento se basa en la fuente de las normas jurídicas en lugar de considerar su función, que es la regulación de las relaciones entre los miembros de la comunidad jurídica de forma estable y predecible. Es decir, el autor explica que no es relevante que las normas que aplica el tribunal arbitral sean constitucionales, sino que sean aplicadas por los tribunales nacionales y obedecidas por la comunidad. La norma que aplica un tribunal arbitral no deberían diferir de la que se aplica a nivel local⁶⁶.

⁶³ OLAS, Andrzej, *May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws*, Kluwer Law International, 2017, pág. 1.

⁶⁴ OLAS, Andrzej, *May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws*, Kluwer Law International, 2017 pág. 1.

⁶⁵ OLAS, Andrzej, *May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws*, Kluwer Law International, 2017, pág. 1.

⁶⁶ OLAS, Andrzej, *May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws*, Kluwer Law International, 2017, pág. 1.

Cabe aclarar que ambos autores coinciden en que los tribunales arbitrales no están dentro de la jerarquía normativa de ningún estado, ni siquiera en los casos en los que deban aplicar una norma del sistema jurídico nacional.

Como respuesta a esa crítica, Jan Paulsson explica que el acuerdo de las partes de aplicar la ley de un estado supone la aplicación de la ley y no la aplicación de la interpretación de los tribunales locales. Es decir, el texto legal se encuentra por encima de la interpretación de los tribunales locales. Cabe destacar que las interpretaciones de los tribunales locales muchas veces tienen sesgos interpretativos de carácter sociopolítico, lo cual refuerza la aplicación de la norma fundamental. Concluye que la obligación de los tribunales arbitrales es aplicar la ley y no realidades.

Otra crítica a la postura de Jan Paulsson es de Julio César Betancourt, quien señala que la autoridad para controlar la constitucionalidad de la ley nacional surge del ejercicio de la jurisdicción que ejercen los tribunales judiciales, y este pertenece exclusivamente a los cuerpos judiciales designados por la ley soberana. En tal sentido afirma que no existe una constitución que otorgue a un tribunal arbitral los poderes para revisar la constitucionalidad de las leyes.⁶⁷

El autor considera que la jurisdicción conlleva los siguientes elementos: i) autoridad para examinar cuestiones de derecho y cuestiones de hecho; ii) autoridad para obligar a individuos a comparecer ante un tribunal; iii) poder de coerción, por ejemplo, sancionar ante un incumplimiento o desobediencia; iv) autoridad para resolver un caso en cuanto al fondo; y v) poder coercitivo para ejecutar la sentencia. Esta conjunción de elementos no puede ser separada, de lo contrario no se podría alegar tener jurisdicción genuina.

Como los tribunales arbitrales no reúnen todos esos elementos, no es posible sostener que tenga algún tipo de jurisdicción sobre el caso. Tienen un poder limitado, el cual surge de la autonomía de las partes. Por ende, un tribunal arbitral que intente ejercer estas facultades estaría usurpando una función reservada a los magistrados locales. Concluye entonces que ni las cláusulas constitucionales ni la ley permiten a los magistrados delegar sus poderes jurisdiccionales a

⁶⁷ OLAS, Andrzej, *May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws*, Kluwer Law International, 2017, pág. 1.

organismos que no son parte del poder judicial nacional, de tal forma no pueden delegar la facultad judicial de control de constitucionalidad.

Además critica la distinción que realiza Jean Paulsson entre la aplicación de la norma fundamental y la invalidación de normas de menor jerarquía. Betancourt considera que la declaración de la inaplicabilidad de una norma, por ser inconstitucional, equivale a la invalidación de esta misma. Afirma que la tarea de control constitucional incluye la interpretación constitucional de las leyes, lo que es distinto y más complejo que la tarea interpretativa de las normas de rango inferior. Al ser entes externos al sistema jurídico, no son los más apropiados para realizar el control constitucional.

Finalmente, explica que no sería lógico que los árbitros afirmen aplicar normas constitucionales y al mismo tiempo desafíen las decisiones tomadas por los tribunales locales con respecto al control de constitucionalidad. Es por eso que un árbitro debería aplicar la ley doméstica de la forma en la que fue interpretada y aplicada por los tribunales de ese estado. Este punto coincide con el argumento realista de Pierre Meyer, discutido anteriormente.

A modo de resumen, los argumentos en contra del control de constitucionalidad ejercido por los tribunales arbitrales son los siguientes: (i) no existe norma que otorgue autoridad a los árbitros a revisar la constitucionalidad de las normas; (ii) el control de constitucionalidad es una facultad jurisdiccional exclusiva del poder judicial; (iii) al ser cuerpos externos no son los más adecuados para interpretar la constitución e invalidar una norma por ser considerada inconstitucional; (iv) un árbitro debería limitarse a aplicar las normas como fueron interpretadas por los tribunales locales, y obedecidas por la comunidad.

Con respecto al primer argumento, Roque Caviano y María Inés Corrá, a contrario *sensu*, consideran que no hay norma o principio alguno que impida a los árbitros declarar la inconstitucionalidad de una norma si ello resulta necesario para poder resolver aquello que las partes sometieron a su decisión⁶⁸.

Así también Gualtiero Martin Marchesini desarrolló un argumento similar, donde se basó en la premisa de que los árbitros o tribunales arbitrales ejercen la misma jurisdicción que los magistrados. Estos últimos están facultados para declarar la inconstitucionalidad de una ley,

⁶⁸ CORRÁ María Inés y CAVIANO, J. Roque, “Arbitraje y Constitución”, *Revista ALARB*, pág. 52.

por ende, los tribunales arbitrales se ven facultados a hacerlo de igual forma, investidos de jurisdicción por la voluntad de las partes⁶⁹.

Así también, la determinación de la norma aplicable es una facultad inherente a la función de un árbitro. Por lo tanto, al aplicar el derecho argentino, también resulta aplicable a los árbitros lo resuelto por la Corte: “*Si una ley entra en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, la Corte debe determinar cuál de ellas lo gobierna. Esto constituye lo sustancial del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas se refieren*”⁷⁰. Entonces, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, los árbitros no estarían haciendo otra cosa más que aplicando la norma que se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo al poder legislativo, ejecutivo y judicial.

En cuanto al argumento que refiere a que el control de constitucionalidad es una facultad jurisdiccional exclusiva del poder judicial, ello ya fue tratado en el capítulo II. Nuevamente, los árbitros ejercen jurisdicción al igual que los jueces, y sus decisiones no tienen “*naturaleza ni efectos diferentes de las de los tribunales judiciales*”⁷¹. Tanto los árbitros como los jueces tienen (i) autoridad para analizar cuestiones de derecho y de hecho, (ii) autoridad para obligar a individuos a comparecer ante el tribunal y (iii) el poder de coerción para sancionar a una de las partes ante un incumplimiento. La diferencia en todo caso recae en que el árbitro necesita de la fuerza estatal para poder ejecutar la sentencia, así como los jueces también requieren del auxilio de las fuerzas del Poder Ejecutivo para hacerlo. Sin embargo, la necesidad de auxilio de otros entes estatales no hace que se cuestione la jurisdicción que ejerce un juez.

Por otro lado, el hecho de que los tribunales arbitrales sean cuerpos jurisdiccionales externos al Poder Judicial no hace que sean menos idóneos para interpretar la Constitución. Justamente, las partes en ejercicio de su libertad (consagrado por la propia Constitución en su art. 19) eligen

⁶⁹ MARCHESINI, Gualtiero Martin, *La Declaración de Inconstitucionalidad en el Juicio Arbitral*, págs. 2-3, disponible en: <http://martinmarchesini.com.ar/media/la-declar.-inconst.-en-j.arbitral.pdf> (30 de septiembre de 2023).

⁷⁰ CORRÁ María Inés y CAVIANO, J. Roque, “Arbitraje y Constitución”, *Revista ALARB*, pág. 53; Fallos, 311: 460.

⁷¹ CORRÁ María Inés y CAVIANO, J. Roque, “Arbitraje y Constitución”, *Revista ALARB*, págs. 52-53.

a quién someter la controversia, sabiendo el derecho que el árbitro deberá interpretar y luego aplicar. En tal sentido, si las partes pactaron aplicar el derecho argentino, con qué autoridad deberían los árbitros excluir las normas de mayor jerarquía de aquel sistema y realizar una interpretación aislada de una norma de jerarquía inferior. De aceptarse esa teoría, con el arbitraje la Constitución automáticamente dejaría de ser una norma jurídica, para ser una mera guía política para el legislador o la administración.

Además, cabe recordar la diferencia en los efectos que puede tener la declaración de inconstitucionalidad de una norma por la Corte (desarrollado en el capítulo I). El planteo de inconstitucionalidad *on its face* implica que la ley que se cuestiona es inconstitucional independientemente de los hechos del caso. Por lo tanto, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales y extensivos (invalida la norma). Ese precedente debe ser respetado por los demás tribunales y no aplicar la norma que carece de validez. El segundo planteo de inconstitucionalidad es *as applied*, lo que implica que resulta inconstitucional en el caso concreto y su invalidez solamente tendría efectos para las partes en ese caso.

La jurisdicción atribuida a ellos es únicamente sobre el caso en particular, por lo tanto una eventual declaración de inconstitucionalidad por un árbitro tendría efectos limitados al caso concreto y no tendría más efectos que la no aplicación al caso de la norma considerada inconstitucional. Desde ya que la decisión de un árbitro no podría tener efectos expansivos, no tampoco sentaría un precedente a seguir, ni sería jurisprudencia a la que el resto de los cuerpos judiciales podrían acudir. Ello porque son cuerpos extrajudiciales que solamente tienen competencia para decidir un caso concreto.

No sería lógico considerar que un árbitro carece de facultades para hacer prevalecer la Constitución. De ser así, se estaría obligando a los árbitros a aplicar una norma contraria a la Constitución, lo que equivale a intencionalmente fallar en contra de la Constitución. Es decir, sería violentar el principio de supremacía constitucional que surge de los arts. 27, 28, 30 y 31 de nuestra Constitución.

Tampoco sería lógico considerar que un árbitro esté obligado a aplicar la interpretación de otros tribunales. Los árbitros deben aplicar el derecho y no la interpretación que han tenido otros tribunales en otros casos. Sin embargo, considerando que la Corte es el último intérprete de la CN, en caso de que un árbitro que decida seguir una interpretación diferente debe desarrollar

las razones por las cuales decide en tal sentido. Ello podría ser porque las particularidades del caso no resulten análogas o por existir otros precedentes contradictorios⁷².

Además, considerar que un árbitro no tiene competencia para decidir sobre un planteo de inconstitucionalidad, permitiría eludir el arbitraje mediante el artificio de un planteo de inconstitucionalidad. Ello en virtud de que el árbitro debería declararse incompetente en la causa, lo que llevaría a resultados absurdos y contrarios al acuerdo de extraer el conflicto de la jurisdicción nacional.

Retomando el ejemplo desarrollado en la introducción, a raíz de la crisis del 2001, se sometieron ante tribunales arbitrales reclamos de inconstitucionalidad de la Ley N° 25.561 y complementarias que estableció la pesificación del saldo adeudado en dólares. En ese contexto el Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires entendió que era competente para declarar la inconstitucionalidad, primero en el laudo "*Cie RP SA c/ Grinbank, Daniel s/ arbitraje*" (19 de marzo de 2002) y luego en "*IGT Argentina S.A. c/ Trillenum S.A. s/ arbitraje*" (5 de noviembre de 2002).

Además, en 2003, Juzgado Nacional de Primera instancia en lo Comercial N°10, en la causa "*Otondo, César A. y otro c/ Cortina Berutatto S.A. y otros*", consideró que la cláusula arbitral pactada entre las partes otorga a los árbitros la jurisdicción para comprender la causa, lo que incluye la declaración de inconstitucionalidad, si así lo consideran. Posteriormente, el fallo fue confirmado por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E.

Más aún, considero que el rechazo de un tribunal arbitral a ejercer el control de constitucionalidad a pedido de parte y siempre que sea un punto fundamental para la resolución de la controversia, habilitaría a la parte interesada a cuestionar la validez del laudo en sede judicial. Según el CPCCN es irrenunciable el recurso de nulidad. A partir de una interpretación armónica del CPCCN, el CCCN y la Convención de Nueva York, esta vía de impugnación se vería habilitada (i) por no haberse pronunciado sobre todas las pretensiones sometidas a su decisión, conforme al art. 754 CPCCN, (ii) por ser un laudo contrario al ordenamiento jurídico

⁷² GARAY, Alberto F., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, págs. 218-250.

bajo el art. 1656 CCCN, y (iii) por contrariar el orden público (al no aplicar una norma de orden público), según el art. 386 CCCN y el art. 5, inc. 2 (b) de la Convención de Nueva York.

En fin, el deber de los árbitros de ejercer el control de constitucionalidad es propio de un sistema difuso, como lo es el argentino. La conclusión sería contraria en un sistema constitucional que establezca un control concentrado en el máximo tribunal. En ese caso, existe una limitación clara a los tribunales judiciales a ejercer el control de constitucionalidad, lo cual resulta extensivo a un tribunal arbitral. Sin embargo, en un sistema difuso, sería contrario a su espíritu obligar a los árbitros a realizar una interpretación mecánica de una ley y aislada de la constitución. Los árbitros tienen el deber de aplicar la norma constitucional, especialmente cuando ello sea decisivo en la solución del conflicto, bajo pena de nulidad.

5 La revisión de la decisión arbitral que declara la inconstitucionalidad de una norma

Admitida la autoridad de los árbitros para ejercer el control de constitucionalidad, otro interrogante que se presenta es si ello amplía la facultad revisora de los tribunales judiciales, independientemente de que se hayan renunciado los recursos. En otras palabras, considerando que la Corte es el intérprete final, ¿podría el laudo arbitral ser revisado cuando comprenda una cuestión constitucional?

Como expliqué anteriormente, el CCCN, en su art. 1656 establece que los laudos arbitrales pueden ser revisados ante la justicia competente cuando se invoquen causales de nulidad (sea total o parcial). Además, establece que las partes pueden renunciar a la impugnación judicial del laudo salvo que este fuera contrario al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el CPCCN en su art. 758 establece que podrán interponerse recursos contra la sentencia arbitral, siempre que no hubiesen sido renunciados en el contrato. Asimismo, el art. 760 establece que las partes no podrán renunciar a los recursos de aclaratoria y nulidad, fundado en la falta esencial del procedimiento, en haber fallado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos.

La interpretación armónica de estos artículos no resulta fácil. Por un lado, el CCCN, siendo ley posterior, establece que un laudo podría ser revisado únicamente por causales de nulidad. Mientras que, el CPCCN, pudiendo ser ley especial, permite la interposición de recursos salvo que estos se hubieran renunciado expresamente. Es claro que cuando refiere a “*recursos*” lo

hace incluyendo recursos como el de apelación que permiten la revisión del fondo del asunto, ya que permite su renuncia y luego aclara que son irrenunciables los de aclaratoria y nulidad.

No resulta claro si se permite la revisión del fondo del laudo en caso de que las partes no renuncien a sus derechos de interponer recursos. Mientras que, parecería que, con la renuncia de las partes de dichos recursos, la cuestión quedaría zanjada. Sin embargo, se podría afirmar que en casos en donde el tribunal arbitral decida sobre la constitucionalidad de una norma, se abre la posibilidad de que aquella decisión sea revisada por la CSJN por ser el intérprete final de la Constitución.

Al respecto, Lino Enrique Palacio explica que las decisiones arbitrales no son impugnables mediante el recurso extraordinario federal, *“por cuanto la sumisión voluntaria al arbitraje implica la renuncia a la jurisdicción que ejercen los órganos del poder judicial y culmina con la de la CS”*⁷³. Ello resulta de la libre determinación de las partes, mientras que, para los casos donde la competencia arbitral haya sido instituida por ley, se podría admitir el recurso extraordinario cuando *“el órgano correspondiente haya actuado en ejercicio de específicas funciones judiciales, o cuando, naturalmente, se ponga en tela de juicio la validez constitucional de dicho órgano”*⁷⁴.

Así, la Corte ha rechazado recursos de queja interpuestos ante ella en el intento de revisar los laudos dictados por el Tribunal General de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires⁷⁵. En ambas decisiones, la Corte sostuvo que las partes sometieron voluntariamente la controversia al tribunal arbitral y renunciaron expresamente a la posibilidad de recurrir ante el Poder Judicial el laudo arbitral. Por ello, la única vía judicial habilitada para la revisión judicial es el recurso de nulidad que prevé el art. 760 del CPCCN. Si bien la Corte no se expidió sobre la facultad de un tribunal arbitral de realizar un control de constitucionalidad, no comprendió

⁷³ PALACIO, Lino Enrique, *El Recurso Extraordinario Federal: Teoría y Técnica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 58.

⁷⁴ PALACIO, Lino Enrique, *El Recurso Extraordinario Federal: Teoría y Técnica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 59.

⁷⁵ Pestarino de Alfani, Mónica c/ Urbaser Argentina S.A. s/ Recurso de Hecho; Cacchione, Ricardo Constantino c/ Urbaser Argentina S.A. s/ Recurso de Hecho.

dentro de los supuestos entre los cuales podría revisar un laudo, el caso de que el tribunal arbitral haya declarado la inconstitucionalidad de una norma.

Si bien coincido en que, como regla el Poder Judicial no puede analizar el fondo de un laudo arbitral, sino que debería limitarse a su nulidad, considero que esa conclusión no resulta clara en los casos en los que el laudo arbitral se expidió sobre la constitucionalidad de una norma de derecho local. Ello en cuanto no sería posible quitarle jurisdicción a la CSJN en cuestiones que requieran de interpretación constitucional.

El recurso extraordinario federal (en adelante “REF”), regulado en la Ley 48 (inspirado en el *judiciary act* de EEUU), es el recurso de apelación a la CSJN para la revisión de las sentencias de jueces y tribunales inferiores para asegurar la primacía de la CN⁷⁶. La función del REF busca asegurar “*la primacía de la Constitución Nacional (...) mediante el contralor judicial de constitucionalidad de leyes, decretos (...), ratificando -si cabe- que esta Corte Suprema es el custodia e intérprete final de aquel ordenamiento superior*”⁷⁷.

Nuevamente, la CSJN es el último intérprete de la Constitución Nacional, por lo que el recurso extraordinario en estos casos no podría ser renunciado de forma anticipada.



Universidad de
San Andrés

⁷⁶ PALACIO, Lino Enrique, *El Recurso Extraordinario Federal: Teoría y Técnica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 15.

⁷⁷ Fallos: 1:340; 33:162; 154:5.

6 Conclusiones y reflexiones finales

Como se explica en el primer capítulo de este trabajo, el control de constitucionalidad compete al Poder Judicial, en virtud del principio de supremacía constitucional. Así también, la declaración de inconstitucionalidad simplemente reconoce aquello que ya existe, no es una sentencia constitutiva. Además, esta puede tener efectos expansivos (cuando se trata de una norma que es inconstitucional independientemente del caso al cual se aplica) o limitados al caso particular (cuando la norma es inconstitucional dados los hechos concretos).

Los árbitros son cuerpos extrajudiciales, que ejercen la jurisdicción que las partes les otorgan sobre un caso particular, por ende, tienen el *iuris dictio*. Así, los árbitros deben aplicar el derecho que las partes han elegido (o, en su defecto, el que resulte aplicable conforme a las normas de derecho internacional público). La Constitución no solo es parte del derecho, sino que justamente, su propósito es gobernar por sobre los poderes estatales, lo cual incluye los decretos dictados por la administración y las leyes que consagre el Congreso.

De allí se sigue que ese límite constitucional también debe ser tutelado en el marco de un arbitraje. Un árbitro no podría nunca ir en contra de la Constitución y aplicar una norma que considere inconstitucional. Así, la declaración de inconstitucionalidad de una norma inferior es un deber de los tribunales arbitrales.

Bibliografía

- BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario: jurisdicción de la Corte Suprema*, 2º edición, Depalma, Buenos Aires, 1958.
- CAVIANO, Roque J., *Arbitraje: 2º edición actualizada y ampliada*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- COMADIRA, Julio Pablo, “La Administración Pública Frente a la Ley Inconstitucional o Inconvencional en el Procedimiento Administrativo”, *Procedimiento Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 841.
- CORRÁ, María Inés y CAIVANO, Roque J., “Argentina, arbitraje y constitución”, *Revista ALARB*, Asociación Latinoamericana de Arbitraje, 2020, Volumen I, págs. 38-74
- GARAY, Alberto F., *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- GARCÍA MANSILLA, Manuel y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes derogatorias”, *Suplemento Constitucional N°2*, La Ley, Buenos Aires, 2022.
- GARCÍA MANSILLA, Manuel, “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control de judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, *Revista Jurídica Austral*, 2022, Vol, 2, N°2, pág. 476.
- GARCÍA MANSILLA, Manuel J. y RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “Arbitraje y constitución en América Latina”, *Revista ALARB*, Asociación Latinoamericana de Arbitraje, 2020, Volumen I.
- JNCom. N° 10, 17/03/2003, “Otondo, César A. y otro c. Cortina Beruatto S.A. y otros”.
- MARCHESINI, Gualtiero Martin, *La Declaración de Inconstitucionalidad en el Juicio Arbitral*, disponible en: http://martinmarchesini.com.ar/_media/la-declar.-inconst.-en-j.arbitral.pdf (30 de septiembre de 2023).

- OLAS, Andrzej, “May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws”, *Journal of international arbitration*, Kluwer Law International, 2017, Volume 34, págs. 169–206.
- PALACIO, Lino Enrique, *El Recurso Extraordinario Federal: Teoría y Técnica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- ROTHENBERG, Mónica, *Conformidad de los laudos arbitrales con el orden público: límites del control judicial*, La Ley, 2023, págs 3-4.
- VITURRO, Paula, *Sobre el origen y el fundamento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.



Universidad de
San Andrés