

**EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD EN EL ARBITRAJE**

Por Jorge A. Rojas

**1.- INTRODUCCION**

En la actualidad, la doctrina ya no discrepa sobre la naturaleza del arbitraje, pudiendo considerarse superada la antigua divergencia entre los que le asignaban un carácter contractual, por oposición a aquellos que lo consideran jurisdiccional<sup>1</sup>.

Los extremos que polarizan esa especie de debate, no deben ser tan absolutos pues con una mirada objetiva, no se puede pasar por alto el carácter convencional que, en la mayoría de los casos, tiene el sistema arbitral para las partes, sin perjuicio que en algunos supuestos también está impuesto de modo forzoso por la letra de la ley.

Cuando el arbitraje es voluntario, son los propios contratantes quienes deciden sustraerse expresamente a la jurisdicción de los tribunales oficiales del Estado, para sujetar su conflicto a la decisión de “jueces privados”, como vulgarmente se los suele denominar a los árbitros, generando una instancia denominada “jurisdicción arbitral”.

Lo importante a destacar en este aspecto consiste en que esa sustracción decidida por los particulares en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, en tanto la materia resulte arbitrable, esto es porque se trate de derechos disponibles, no importa ningún tipo de renuncia, como distorsionadamente se ha interpretado en algunos casos.

Desde entonces queda conformada una tarea a cargo de un tribunal (sea unipersonal o colegiado), que deberá llevar a cabo un determinado cometido, muy específico por cierto, que no es otro que dirimir el conflicto que las partes sometieron a su decisión, a través de un laudo, por medio del cual, deberán hacer actuar la voluntad de la ley, o en algunos supuestos, morigerando esa voluntad en forma equitativa, lo que no quiere decir que lo hagan contra legem, sino conforme a equidad, o como suele denominárselo también, según su leal saber y entender, o a verdad sabida y buena fe guardada, o con cualquiera de esas fórmulas que en idéntico sentido apuntan a marcar una forma de actuación del tribunal que no lo sujeta exclusivamente a la letra de la ley, sino que le da mayor margen de maniobrabilidad a través de su sana discreción.

Lo cierto es que cuando un tribunal arbitral, más allá de su conformación, y de su forma de actuación, tiene que resolver un conflicto, lo hace por expresa disposición de las partes que contractualmente así lo deciden.

Restringir la mirada únicamente a la faceta convencional de esa relación jurídica que da origen al arbitraje, sería como negar la función cumplida por los árbitros, más aún, circunscribir su función a la mera tarea de mandatarios de las partes, sería mucho más grave aún, pues restringiría su libertad de actuación, privándolos de la imparcialidad e independencia que requieren para desempeñar la tarea que se les encomienda.

---

<sup>1</sup> Desarrolla este aspecto, con citas inclusive de la doctrina que estaba a favor y en contra de cada una de esas posturas Palacio, Lino E.; Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario, L.L. 2003-F-1184.

De ahí entonces que la mayoría de la doctrina, con disidencias muy respetables, haya concluido que los árbitros cuando son designados para resolver un determinado conflicto, cumplen una función que es eminentemente jurisdiccional, desde luego sin confundirla con la que le cabe a los jueces estatales, que monopolizan la jurisdicción judicial<sup>2</sup> u oficial.

Pero del mismo modo que se corporiza en cabeza de cada uno de los jueces la función jurisdiccional del Estado, como emanación del poder con que los ha instituido el soberano, no es menos cierto, que esa soberanía popular también puede quedar corporizada en cabeza de cada una de las personas que la posee, con la cual de la misma manera que se puede expresar con el ejercicio del derecho al sufragio para darse sus propias autoridades, puede permitir el ejercicio de determinadas potestades de índole privada, que las facultan a sustraerse a la jurisdicción estatal para someter sus eventuales conflictos a la decisión de árbitros privados.

Esta visión del arbitraje permite advertir el origen contractual del instituto, pero la función de carácter jurisdiccional que los árbitros están llamados a cumplir, toda vez que constituye un método que consagró el constituyente o el legislador para propender no sólo al afianzamiento de la justicia sino además al mantenimiento de la paz social<sup>3</sup>.

Con lo cual, no puede concebirse la naturaleza jurídica de un determinado instituto asimilándolo a figuras conocidas o sistemas tradicionales, o regulaciones preestablecidas, por el sólo hecho de resultar familiares, o tradicionales, o aceptadas socialmente, pues como enseñaba Genaro Carrió, la búsqueda afanosa de los juristas por determinar la naturaleza jurídica de tal o cual instituto están irremediablemente condenadas de antemano al fracaso<sup>4</sup>.

Ello se debe a que las características o particularidades que distinguen a un instituto hacen que sea como es, por un principio lógico de identidad, por lo cual no podría confundirse la voz jurisdicción con la voz arbitraje, y menos aún podría confundirse la tarea del juez con la del árbitro, aunque si puedan ensamblarse todas ellas para interpretar empírica y dinámicamente una determinada realidad.

Aquí juega un papel importantísimo el lenguaje y su contexto, pues el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en el que aparecen y de la situación dentro de la que son usadas, y a su vez las figuras jurídicas, no es cierto –recordaba Carrió– que posean purísimos perfiles indeformables<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Esta denominación por más que parezca tautológica, es la que utiliza Palacio precisamente para distinguir la función pública procesal, que cumple específicamente un órgano del poder judicial, de la función jurisdiccional, que no se circunscribe únicamente a aquellos (Palacio, Lino E.; Derecho Procesal Civil, Ed. Abeledo-Perrot, 1983, T. I, p. 321 y ss.).

<sup>3</sup> La diferencia que marco en cuanto a la forma en que se instituye y regula el instituto es de destacar pues la Constitución Nacional, consagra en el art. 14 bis la posibilidad de resolver conflictos –hasta de índole gremial– por vía de arbitraje, con lo cual aún en una rama del derecho privado de neto orden público, como el laboral, por el interés que tiene el Estado en la observancia de la preceptiva legal a aplicar, en resguardo de los derechos del trabajador, el constituyente consagró este sistema de solución de conflictos a nivel constitucional.

<sup>4</sup> Carrió, Genaro R.; Notas sobre Derecho y Lenguaje, Ed. Abeledo-Perrot, 1976, p. 75.

<sup>5</sup> Carrió, Genaro R.; Ob. cit., p. 40.

Es cierto que existen infinidad de similitudes, pero también hay diferencias que resultarán insalvables para una asimilación completa, con lo cual, lo que resultaría más adecuado sería restringir el análisis a la labor desplegada por los árbitros para el desarrollo de su cometido, y comprobar que efectivamente existe una clara asimilación a la tarea jurisdiccional, como una manifestación concreta de ella, aunque en ningún caso pueden provocar una confusión asimilando una función pública como la que desarrolla un juez con una función privada.

Sería sencillo señalar desde una visión eminentemente organicista, el concepto de la voz jurisdicción sosteniéndolo a partir del ejercicio de la soberanía del Estado puntualmente impartiendo justicia, para demostrar la existencia de una manifestación de poder propendiendo al mantenimiento de la paz social.

Sin embargo, se podría ver jaqueada la construcción desde ese punto de vista, cuando por ejemplo en Argentina, existe una ley que mantiene la inmunidad de jurisdicción para los Estados extranjeros<sup>6</sup>, o bien cuando se reconoce jurisdicción a partir del tratado suscripto con la Santa Sede<sup>7</sup>, para resolver determinado tipo de conflictos, pues eso importaría un cercenamiento de esa potestad soberana, aún dentro de un determinado territorio, sin aludir a la llamada por alguna línea de la doctrina como jurisdicción administrativa.

Otro caso similar sería el reconocimiento de órganos supranacionales a los cuales los Estados se someten, sirva por caso citar que la República Argentina, con motivo de la crisis económica que atravesó a partir del año 2001 ha aceptado someter sus conflictos con empresas privadas, a los tribunales del Banco Mundial, conocidos bajo la sigla CIADI, al cual adhirió en 1994 a través de la ley 24.353, que aprueba la convención celebrada para el arreglo de diferencias sobre inversiones entre estados y personas de otros estados celebrada en Washington en 1965<sup>8</sup>.

Lo mismo sucede con la Corte Internacional de La Haya, ante la cual, por ejemplo, Argentina y Uruguay actualmente están tratando de dirimir un conflicto sobre la interpretación del Protocolo del Río Uruguay, con motivo de la instalación de una pastera que se está asentando sobre la margen de ese río en la República Oriental del Uruguay, la cual, en el año 2006, ha dictado una resolución con motivo de una medida cautelar solicitada por la Argentina.

Per se, ni el Tribunal de La Haya, ni el Tribunal del Banco Mundial, gozan del poder de imperium que puede tener un tribunal de justicia de cualquier país, no sólo por la forma en que éste se pueda manifestar, sino por los mecanismos que se puedan implementar para su utilización a los fines de llevar a cabo sus decisiones.

---

<sup>6</sup> Ley 24.488, aunque con ciertas restricciones pero en definitiva autolimitando la jurisdicción estatal.

<sup>7</sup> Aprobado por Ley 17.032

<sup>8</sup> La sigla CIADI, significa en su concepción originaria: “centro internacional para resolución de disputas sobre inversiones”, y su sigla en inglés es ICSID, habiendo sido traducido en algunos casos al español como “centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones”. Argentina adhirió a ese sistema en 1994 mediante ley 24.353, a través de la cual se aceptó el convenio celebrado en Washington en 1965 que lo crea dentro de la órbita del Banco Mundial, para zanjar los conflictos que se susciten entre un estado y personas o empresas de otro estado.

Lo cierto es que en ningún caso se podría dudar de la función netamente jurisdiccional que cumplen ese tipo de organismos, circunstancias que no sólo darían por tierra con una concepción restringida del vocablo jurisdicción, por circunscribirla a una visión organicista, sino además por la fuerza de la realidad que sería impensado desconocer.

Teniendo en cuenta esos parámetros, sin perjuicio de analizar con mayor detenimiento la voz jurisdicción, el arbitraje representa un sistema de resolución de conflictos, constituido por un proceso que tiene carácter jurisdiccional, no solo porque se persigue la observancia de aquellas pautas mínimas e indispensables para el desarrollo del due process of law –el tradicional debido proceso legal- sino además porque el sentido de la voz jurisdicción (del lat. iuris-dictio o ius-dicere), no tiene otro alcance más que decir el derecho, lo que significa, la potestad de hacer actuar la voluntad de la ley para crear la norma individual que pueda resolver un determinado conflicto, que las partes, en ejercicio de su libertad, han decidido a través del principio de la autonomía de la voluntad, someter a la decisión de un tribunal arbitral.

Por lo tanto, con una visión finalista, el arbitraje implica el desarrollo del debido proceso legal a través del cual se obtiene un pronunciamiento que puede erigirse en cosa juzgada para las partes, ergo su carácter jurisdiccional debe estar representado por estos aspectos centrales<sup>9</sup>.

Teniendo en cuenta la temática abordada, no se puede dejar de señalar, que el arbitraje es esencialmente un proceso de carácter ético, en donde las partes se enfrentan a través de un método dialéctico y adversarial, similar al proceso judicial, que constituye por antonomasia el sistema “oficial” de resolución de conflictos, dejando de lado aquellos otros que resultan alternativos, a través del cual las partes buscan esquivar la rigidez de los procedimientos judiciales, la estructura de procesos anquilosados por el simple devenir de los tiempos, la enormidad de los costos que se generan para los justiciables, y fundamentalmente porque por esa vía apuntan exclusivamente a obtener un pronunciamiento que dirima sus disputas, buscando acatarlo en forma inmediata para evitar el agravamiento de la situación conflictiva que se pudo haber generado<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Destaca Palacio, a fin de asimilar la tarea de los árbitros a una función esencialmente jurisdiccional que según el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, ellos poseen atribuciones para decidir toda cuestión entre partes, con excepción de aquellas que no pueden ser objeto de transacción, con lo cual se aprecia ya una identificación entre la tarea de los árbitros y la que cumplen los jueces. Pero además agrega, que el laudo arbitral participa de la misma obligatoriedad que caracteriza el acto de autoridad que es la sentencia, por lo cual, concluye que si bien las funciones y figuras de árbitros y jueces no resultan rigurosamente equiparables, los primeros ostentan ciertos atributos que los autorizan a sostener la índole jurisdiccional de las decisiones que emiten (Palacio, Lino E.; Ob. cit., p. 330). Agregamos a ello, que prácticamente la doctrina también acepta de modo uniforme la posibilidad de que los árbitros emitan también como actos de autoridad medidas de carácter cautelar, lo que refleja con mayor claridad aún el ejercicio del iudicium, más allá que se valgan del auxilio de la jurisdicción, que lo contempla así específicamente el legislador (art. 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Argentina), para su efectivización (en ese sentido véase Peyrano, Jorge W.; Medidas cautelares en los procesos arbitrales; J.A. 2004-III-898).

<sup>10</sup> No es el litigio el interés del empresario, sino evitarlo y cuando no sea posible, superarlo del modo que resulte más sencillo, aún frente a la complejidad de los asuntos que se traten, pues ello evita un consumo de tiempos y costos que no siempre son mensurados en su real dimensión.

Es así como el arbitraje es el mecanismo de solución de controversias más utilizado a nivel mundial<sup>11</sup>, a tal punto que la vieja *lex mercatoria* hoy puede considerarse excedida en sus cauces tradicionales, por una nueva rama de conocimiento que excede el derecho nacional, generando una especie de derecho transnacional –no codificado– sino resultado de prácticas comerciales habituales en los tribunales arbitrales.

Aquí en el seno del proceso arbitral juegan otras pautas, se tienen en cuenta los intereses, corporativos o no, de los justiciables, por sobre las formas solemnes que cada vez son menos empleadas a nivel transnacional, por la fluidez que se impone así a los trámites que se deben observar para desarrollar un proceso de esas características. Todo ello con una salvedad fundamental, que siempre debe constituir, un debido proceso, aún por la voluntad concurrente de las partes, o por la letra de la ley, es decir un proceso que implique la observancia de los principios liminares que conforman aquélla garantía que hoy constituye un derecho humano esencial: el derecho a la jurisdicción.

Por eso no se puede dar la espalda a esa nueva realidad a la que puede no estar plenamente acostumbrado el mundo de los negocios de estas latitudes, pero que resulta común en países del llamado primer mundo, y muchos otros que aún sin serlo se precian de utilizar sistemas como el señalado.

De tal modo este punto de partida no puede ser soslayado para analizar la posibilidad de ejercer el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad sobre la preceptiva legal aplicable en la órbita del proceso arbitral, pues partiendo de estas premisas, resulta inocultable que el árbitro al igual que el juez lleva a cabo la operación que Couture llamaba de subsunción jurídica.

En consecuencia, si las partes así lo solicitan, pues tienen la posibilidad de sujetar su controversia a un determinado ordenamiento legal, puedan petitionar al tribunal arbitral que se expida sobre la eventual inconstitucionalidad de un determinado precepto legal. Para ello, conviene analizar el sentido de la voz jurisdicción, lo que llevará a la caracterización del debido proceso legal y los sistemas de control de constitucionalidad, para concluir finalmente sobre la posibilidad de su ejercicio aún en el ámbito del juicio arbitral de amigables compondores.

## **2.- LA VOZ JURISDICCION**

Para no caer en un lugar común señalando la multivocidad del término jurisdicción, aspecto que por su contundencia eximiría cualquier comentario, es importante registrar la incidencia de factores extraprocesales para delimitar el concepto de la voz jurisdicción.

Esa incidencia de factores exógenos al proceso propiamente dicho, se vincula con aspectos históricos, políticos, culturales, sociales, económicos y otros que relacionan generalmente esa voz con el ejercicio del poder.

---

<sup>11</sup> Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández De La Gandara, *El arbitraje comercial internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 38; quienes señalan que se trata de un incremento paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países.

Conviene recordar –siguiendo a Scialoja<sup>12</sup>- que en el derecho público romano, entre las facultades del magistrado se distinguían tres diversas potestades: el imperium, la iurisdictio y en un terreno común a ambos el imperium mixtum. La primera de esas potestades, era la que delegaba el pueblo en el magistrado, que le daba el derecho a la coertio (poder de coerción) de la que estaba investido y el ius gladii que se refería al ámbito penal, pero que iba más lejos que eso, pues comprendía la facultad de utilizar la fuerza pública para ejecutar la voluntad del magistrado en el cumplimiento del propio oficio; se diferenciaba de la iurisdictio, que se refería precisamente a la definición de las controversias jurídicas.

El imperium mixtum comprendía ciertas facultades determinadas, que tenían algo de la jurisdicción en cuanto eran atribuciones conexas con la administración de justicia, aunque en realidad el poder que con ellas desplegaba el magistrado era un poder de imperium.

En general coincide la doctrina en sus investigaciones históricas que el ejercicio de la iurisdictio se hacía con la tria verba, es decir con la fórmula que encontramos en los clásicos: do, dico, addico, que significaban doy, digo, adjudico. Esto es doy juez, digo, porque decía el derecho, puntal en el que se apoya la función netamente jurisdiccional, y adjudico según el derecho que se hubiera reconocido.

La jurisdicción debía emplear estas tres palabras solemnes, y la rigidez de los procedimientos, que se desarrollaban ante el magistrado primero y, ante el juez después, dan cuenta del rigorismo imperante en el naciente mundo jurídico.

Sin embargo, si bien esas dos etapas conocidas como in iure, pues se realizaba ante el magistrado, e in iudicium (o apud iudicem), pues es la que se llevaba a cabo ante el juez, se desarrollaban con una intervención directa del magistrado, quien previamente le daba un juez (iudex) a las partes que era quien conocía de la etapa in iudicio y emitía la sentencia, ese nombramiento se lo interpretaba como una verdadera participación del pueblo en las causas civiles.

Si bien el iudex es un simple particular que decide sobre la causa, teniendo en cuenta el tema tratado, no corresponde confundirlo con el *arbiter*, que no es el árbitro que interviene como consecuencia de un compromiso o una cláusula compromisoria, sino que su función es similar a la del juez, como particular llamado a decidir en la causa, lo que cambia es la amplitud de facultades que se le brindaba a uno y otro, pues mientras el iudicium es estricto y riguroso, el arbitrium es moderado y suave, pues el conocimiento del arbiter es más libre, conoce con mayor espontaneidad y también con mayor amplitud dicta su sentencia<sup>13</sup>.

Otra diferencia a destacar es que mientras el juez no puede ser más que unipersonal, los árbitros pueden ser varios.

---

<sup>12</sup> Scialoja, Vittorio; Procedimiento civil romano, Ed. Ejea, 1954, p. 105.

<sup>13</sup> Scialoja, Vittorio, Ob. cit., p. 119, destacaba Scialoja, con cita de Cicerón, que la diferencia entre uno y otro es de poderes, no de calidades personales.

En estos aspectos que históricamente hoy cobran sobrada relevancia, radican dos aspectos fundamentales del poder de decisión que importa la jurisdicción, y a su vez, de la distinción que cabe hacer con relación al imperium como otro atributo que demuestra una clara manifestación del poder del magistrado.

En la actualidad, no pueden confundirse las funciones que desarrolla el Estado a través de cada uno de los poderes que lo integran: el administrador, el legislativo y el judicial, aunque es conveniente señalar que cada uno de ellos no tiene una atribución sobre una cuota parte del poder del Estado, sino que por el contrario el poder es uno solo y depende exclusivamente del soberano.

Lo que es dable distinguir para concebir a cada uno de ellos, son las funciones que hacen a su esencia, por lo cual ya desde sus orígenes, como se ha señalado, aparecen superpuestas las funciones de administración y jurisdicción.

Es cierto que así fue durante mucho tiempo y también es cierto que con el advenimiento del Estado moderno se delimitaron y precisaron con claridad cada una de las funciones que correspondían a esos diversos departamentos de gobierno, pues el Estado es uno y por lo tanto, es quien monopoliza el poder.

De tal modo la multiplicidad de formas a las que se adaptó la voz jurisdicción, mezclándola por ejemplo, con el concepto competencia, o delimitando un ámbito territorial, o inclusive un ámbito de funciones políticas, ha hecho que se superpongan conceptos que deben ser separados inexorablemente, para distinguir así las tareas que a cada uno de esos estamentos corresponde ejercer, más allá que en la práctica cotidiana, cada uno de ellos intervenga en funciones o tareas que resultan de la incumbencia de otro, circunstancia que no obsta a la determinación de la tarea que esencialmente resulta atribuible a cada uno de ellos.

Así mientras el legislativo es el encargado de hacer la ley, el ejecutivo o administrador, es el encargado de hacerla cumplir, aplicándola concretamente; mientras que el jurisdiccional es el encargado de hacer actuar la voluntad de la ley para aplicarla al caso concreto, resolviendo un conflicto.

Por lo tanto, cuando se suele conceptualizar a la jurisdicción como un poder del Estado, o bien como un poder-deber del Estado, ningún tipo de objeción se puede hacer sobre el particular, precisamente porque la concepción de los países recipients del derecho continental, por oposición a otros sistemas, conciben al Estado como el centro de las atribuciones para la administración de justicia, e indefectiblemente siendo así la concepción tradicional ninguna duda cabe que la jurisdicción es una sola y que depende del Estado su funcionamiento, no pudiendo perderse de vista, que al igual que en la antigüedad se está haciendo reposar en cabeza del juez ese imperium mixtum del que hablaban los romanos, es decir superponiéndose el imperium con el iudicium, potestades claramente diferenciables en la antigüedad como atributos del poder del magistrado.

Siendo así, es inevitable cuestionar si esa forma de concebir la jurisdicción resulta apropiada en tiempos actuales, para ver si es correcto mantener una concepción que tiene sus orígenes en el derecho público romano.

La realidad indica una situación totalmente diversa, que no tiene que ver solo con el advenimiento del llamado estado moderno y el sistema constitucional que se observó para su conformación, sino además con el propio funcionamiento de las instituciones dentro de un mismo país.

Esto lo ha llevado a reconocer a Taruffo, con una denominación muy apropiada, la existencia de un “multiculturalismo procesal”, subrayando la existencia de culturas diferentes en el interior de unos mismos contextos sociales, políticos y también jurídicos, fenómeno éste que concierne a cualquier cultura<sup>14</sup>.

De tal forma distingue diversos niveles en los cuales puede ser analizado este que llama “multiculturalismo procesal”. En el primero de ellos distingue una diferencia general entre sistemas, en donde encuentra la vieja y tradicional distinción –ya superada a su criterio- entre common law y civil law, destacando especialmente en esta última concepción, al Estado como centro de la administración de justicia.

Un segundo nivel intermedio, incluye los sistemas procesales correspondientes a ordenamientos nacionales, compuestos a veces por “parientes” diversos, empeñados muchas veces en desarrollar sus diferencias más que sus analogías.

Finalmente un tercer nivel, más bajo, pero no menos importante, individualizado en el interior de cada uno de los ordenamientos procesales nacionales, lo que significa que un ordenamiento nacional puede estar internamente dividido en algunos o en muchos subordenamientos procesales, o en diversos mecanismos de administración de justicia.

Es evidente que cada una de esas normativas procesales está influenciada en un determinado tiempo, por una serie de factores, no sólo históricos, sino también sociológicos, económicos o de otra índole, que propenden por ejemplo, a proteger al más débil en una relación de trabajo, o tutelar el medio ambiente, o a los consumidores, por caso.

Por eso, señala Taruffo, que lo que ha cambiado en la cultura jurídica en los últimos dos o tres decenios, son los paradigmas, parafraseando a Khun, empleados para interpretar situaciones jurídicas, brindando como ejemplo de ello los códigos, otrora casi intocables, para advertir que frente a ellos aparece una legislación que los hace entrar en crisis pues no eran tan omnicomprendidos como se creía, apareciendo por ende leyes incompletas, variables a veces incoherentes<sup>15</sup>.

Es evidente que todo esto muestra a carta cabal la influencia de este nuevo orden que se ha dado en denominar “globalización”, al cual el concepto jurisdicción no puede resultar ajeno<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Taruffo, Michele; *Sobre las Fronteras*, Ed. Temis, 2006, p. 5.

<sup>15</sup> Taruffo, Michele; *Ob. cit.*, p. 16. En la misma línea reconoce Lorenzetti, que las controversias interempresariales se resuelven cada vez más mediante soluciones alternativas, como el arbitraje, por los contratos en la mayoría de los casos son inmunizados, o las garantías a primera demanda o autoliquidables. Es decir, que frente a los paradigmas tradicionales aparecen estos que el autor denomina microsistemas, que no pueden ser obviados por constituir una constante cada vez más notoria de nuestra realidad que da cuenta del resquebrajamiento de la concepción del Estado del modo tradicional (Lorenzetti, Ricardo L.; *Teoría de la Decisión Judicial*; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 37).



El propio Estado es el que con clara conciencia de su actuación, cede frente a ciertos casos puntuales lo que en otra época podía considerarse como un poder que consistía en un claro ejercicio de su soberanía, como era la jurisdicción, y por ejemplo, participa en la creación de organismos supranacionales, reconoce en ellos inclusive la potestad de juzgarlo, o bien, exonera de su poder soberano a otros estados reconociendo inmunidad para su sometimiento a proceso, con algunas limitaciones, o por ejemplo, siguiendo la doctrina americana, reconoce “jurisdicción primaria” en algunos entes reguladores de actividades esenciales del Estado.

Entonces aparece con toda claridad la relatividad del concepto jurisdicción, como una manifestación que importa una facultad de decisión que ya no queda siempre en manos exclusivas del Estado.

El reconocimiento de estos cambios que Morello dio en llamar copernicanos, hizo que se preguntara el maestro platense frente al notorio avance de las ciencias, si lo procesal acompaña esa seguidilla de pesos y contrapesos del contexto. Lo que se respondió en forma negativa, pues no siempre y menos con la aceleración con que se disparan las adecuaciones de fondo se logran esos cambios.

A ello, agrega que debe apuntarse que tampoco el proceso es un laboratorio de certeza sin que pueda silenciarse una gran tendencia vocacional de los abogados para demorar, y resistir así la modernidad de reformas y conquistas que sacudirían sus hábitos, rutina y destrezas conocidas, con las cuales les va bien (aunque no a la gente), por lo que se pregunta para qué cambiar.

Señala Morello, a modo de ejemplo, que en Brasil existen más de treinta y ocho tipo de recursos, los cuales son utilizados indiscriminadamente porque nadie confía en nadie, por ende siempre se recurre<sup>17</sup>.

La descripción de este panorama se repite en general en todos los países, por eso recordando al Prof. de la Universidad de Bologna, Dr. Federico Carpi, en el XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, llevado a cabo en la Provincia de Neuquén, República Argentina, sostenía éste que “no debe existir ningún país en el mundo donde no se lamente la crisis de la justicia”.

Entre los diversos factores que recordaba, destacaba el aumento de la litigiosidad, la falta de organización de las oficinas judiciales, la incompleta utilización de las nuevas técnicas, por ejemplo, en materia informática, o la insuficiente formación de jueces y abogados.

Lo cierto es que este panorama ha hecho crecer al lado del desgastante fluir del devenir judicial, nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales sobresale el arbitraje, como uno de los más utilizados a nivel mundial.

---

<sup>16</sup> El término “globalización”, según destaca Cassese, es de reciente data, pues sostiene que fue acuñado en 1983 por el profesor de la Universidad de Harvard Theodore Levitt (ver Cassese, Sabino; La globalización jurídica, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 15).

<sup>17</sup> Morello, Augusto M.; Tendencias dominantes en la litigación civil; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 17.

Taruffo se cuestiona las diversas direcciones que se deben observar para realizar un análisis y las reflexiones que podrían ser útiles para afrontar este tipo de crisis, y una de ellas apunta precisamente a una necesaria redefinición sistemática de los instrumentos de tutela jurisdiccional, entre las cuales concibe al arbitraje, debiendo determinarse – sostiene- cuando sea irrenunciable el recurso a la justicia del estado y cuando en cambio sea razonable dar espacio a formas alternativas, para recurrir a una “justicia privada”<sup>18</sup>.

Como puede advertirse, en estos casos se vincula la jurisdicción a la necesidad de hacer justicia evitando el dispendio de tiempo y esfuerzo que tradicionalmente provoca el Estado con el elefantiásico movimiento de su aparato burocrático.

Pero también es dable observar que la voz jurisdicción en modo alguno puede verse afectada pues se la vincula concretamente a una función, ergo, si la mirada de este escenario se restringe exclusivamente a la función que le cabe al Estado desde un punto de vista político tradicional, quizás puede no advertirse la existencia de nuevos paradigmas que existen en la sociedad, que han crecido al amparo de esta ineficiencia estatal, y que promueven no sólo la llamada justicia privada, sino fundamentalmente el mantenimiento de la paz social, como principio liminar del Estado de derecho, solo que lo hacen a través de mecanismos que emulan al proceso judicial, aunque no puedan asimilarse completamente a aquél.

Sería hoy una puerilidad sostener que la labor que cumple un árbitro no es una labor de carácter jurisdiccional porque el cargo de funcionario público que ostenta el juez, y el procedimiento que se logró para su nombramiento y puesta en funciones es totalmente diverso al que se observa para la designación de un tribunal arbitral.

No sólo porque es cierto, sino porque ello no hace a la esencia de la labor que cumplen ambos. Tampoco puede tomarse como determinante el uso del imperium como potestad de la que están investidos los jueces a diferencia de los árbitros.

Claro que es cierto. Es correcto que los árbitros carecen de imperium, pero no es menos cierto que el imperium no es la nota tipificante de la jurisdicción, pues tanto imperium tiene el poder administrador cuando lleva a cabo sus propias decisiones, aún con el uso de la fuerza pública, como el imperium que tiene el legislativo, en ese mismo sentido.

La nota tipificante de la función jurisdiccional, es precisamente la de dirimir un conflicto, haciendo actuar la voluntad de la ley sustancial, a través de la creación de una norma individual que por su carácter imperativo – reconocido legislativamente- genere una vez consentida o ejecutoriada que pase en autoridad de cosa juzgada, siendo como la ley misma para las partes, propendiendo así al mantenimiento de la paz social, pues si quien resulta vencido acata la decisión jurisdiccional ningún tipo de imperium es necesario para resolver definitivamente el conflicto.

---

<sup>18</sup> Taruffo, Michele; Ob. cit., p. 55.

Esto lleva a retrotraernos en la tarea iniciada, pues se ha visto anteriormente, como en sus orígenes también aparecía entremezclada la función administrativa con la jurisdiccional, y como los orígenes del derecho público romano pueden ser emparentados con el desarrollo del propio arbitraje, que si bien tiene una marcada preponderancia a partir de la Edad Media con el desarrollo de la *lex mercatoria*, no es menos cierto que el juez era un elegido del pueblo, y a su vez conforme la tarea que desarrollaba, era la denominación que se le daba, pues cuando actuaba discrecionalmente, como “*arbiter*”, acerca la figura a la del árbitro amigable componedor.

Lo cierto es que por la vía que se pretenda analizarlo, con un exacerbado rigorismo histórico, o bien, frente al diseño de esta nueva realidad que resulta incontestable, sobre todo en países del llamado primer mundo, aparece al lado del proceso judicial, una alternativa, que sería aquel mismo proceso, pero esta vez en manos privadas, lo que no implica la privatización de la justicia, sino por el contrario, la sustracción de los particulares a la decisión de los jueces del Estado, para someterse a “jueces privados”, cuando la materia a decidir resulta disponible para ellos.

Conceptos otrora inexpugnables, como el de soberanía, hoy pueden zozobrar sin mayores esfuerzos interpretativos, renunciando a viejas concepciones ideológicas, para someterlas a una opción de mercado, lo que le ha llevado a sostener a Galgano, que hoy la independencia que se reivindica está en función de una nueva dependencia económica solo que es electiva<sup>19</sup>.

Se trata así de una realidad multiforme, en la cual más allá de los límites de los Estados, está en curso la formación de un derecho uniforme espontáneo, administrado por tribunales arbitrales internacionales, que se dio en llamar nueva *lex mercatoria*, destinada a regular las relaciones contractuales dentro del mercado global<sup>20</sup>.

Mirar hacia atrás recordando el concepto absolutista de soberanía y por ende de jurisdicción, frente a la realidad que se impone no puede sustraer al operador jurídico de la contemplación de fenómenos tan particulares como los mencionados, manteniendo una confusión aún inexplicable entre *imperium* y *iudicium*.

Precisamente se sostiene que el arbitraje es jurisdiccional por la función que cumplen los árbitros, para los que no importa la forma en que son designados, pues no se desconoce el origen convencional del sistema, ya que mirándolo de otra forma se podría concluir en el absurdo de que dos partes enfrentadas por el cumplimiento de un contrato también estarían vinculadas contractualmente cuando interviene un juez, por el origen del vínculo.

El absurdo de un razonamiento de esa índole eximiría formular cualquier otro tipo de comentarios, por lo cual, también cuando se someten las partes a árbitros, al margen del cariz de su actuación, también están generando una nueva relación jurídica, esta vez procesal, porque se desarrolla un proceso que son las propias partes quienes lo estructuran, sometiéndose a sus propias pautas, o bien sometiéndose a las fijadas por un tribunal de carácter institucional, que cuenta con un reglamento propio para el desarrollo de sus tareas.

---

<sup>19</sup> Galgano, Francesco; *La globalización en el espejo del derecho*; Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37.

<sup>20</sup> Galgano, Francesco; *Ob. cit.*, p. 41.

Por esa razón, no puede más que concluirse que jurisdicción debe ser interpretada como decisión, pues importa una función que consiste en dirimir una controversia haciendo actuar la voluntad de la ley del ordenamiento legal que las propias partes han estimado correspondiente observar, y esa decisión a su vez revestirá el carácter de cosa juzgada, pues todos los ordenamientos procesales en general asimilan el laudo arbitral a la misma envergadura que tiene una sentencia, aspecto que despejaría cualquier tipo de dudas sobre el particular, quedando a resguardo el debido proceso legal para la obtención de ese laudo.

### **3.- SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

En países como la Argentina, México, o los Estados Unidos, el sistema de control de constitucionalidad, inaugurado por éste último a partir del leading case “Marbury c/Madison”, es difuso, por lo tanto básicamente reposa en cabeza de cada uno de los jueces que ejercen jurisdicción.

La pregunta que motiva esta tarea, consiste en determinar si es posible que quienes no tienen el cargo público de jueces del Estado, aún siendo identificados como “jueces privados” designados por las partes, puedan expedirse sobre la posible constitucionalidad o no de una norma, en un caso concreto.

El control de constitucionalidad, conforma un aspecto esencial que hace al debido proceso legal, cuyas dos vertientes permiten divisar una línea adjetiva, en cuanto a la observancia de los principios liminares en el desarrollo del proceso y, otra sustancial, que hace precisamente a la aplicación de la ley al caso concreto<sup>21</sup>.

Esta puesta en correspondencia entre las circunstancias fácticas, que se tengan por fijadas para la causa, y la normativa sustancial que resulte aplicable, conforman lo que Couture denominaba operación de subsunción jurídica<sup>22</sup>.

Claro que no existe ningún tipo de dudas cuando la tarea es cumplida por un juez, como funcionario estatal, la duda que se genera es si un árbitro puede cumplir con esa tarea, pues aparece en escena la restricción de su actuación, que tiene un carácter especial pues se limita a una materia que siempre debe resultar disponible para las partes, siendo la tarea que aquí se desarrolla de neto orden público por el compromiso que en apariencia importa por revestir un acto de suma gravedad institucional, como se ha conceptualizado, a la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general.

Sin embargo, existen dos planos claramente diferenciables que no conviene perder de vista. Uno de ellos está representado por el conflicto sustancial que vincula a las partes, y el otro por la decisión que se debe adoptar a su respecto.

---

<sup>21</sup> Ver en este sentido, Rojas, Jorge A.; *Sistemas cautelares atípicos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 29 y ss. donde se desarrolla esta noción a partir de los puntos 1.3. en adelante.

<sup>22</sup> Couture, Eduardo J.; *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. Depalma, 3ra. ed., 1990, p. 285.

En el plano sustancial es donde se ubica la materia disponible para las partes, allí es donde existe el conflicto a resolver; el otro plano, es el que corresponde a la nueva relación, esta vez netamente procesal, que se da entre las partes y él o los árbitros que intervienen para resolver el diferendo, circunstancia que requiere precisar su actuación.

Ello en razón que los árbitros se pueden comportar como árbitros iuris, o de derecho, que actúan igual que un juez, aplicando la letra de la ley al caso concreto. Mientras que la otra forma en que pueden actuar, es como amigables componedores, esto es resolviendo el conflicto, conforme a equidad, o según su leal saber y entender, o con fórmulas de similar envergadura que apuntan a evitar la aplicación rigurosa de la letra de la ley, pretendiendo que la sana discreción, como lo hacía el arbiter en el viejo derecho romano, permita suavizar su aplicación.

Como señala Barrios de Angelis, la amigable composición no significa resolver de espaldas al derecho, ni menos aún en contra de la ley, sino que significa “dulcificar” su aplicación<sup>23</sup>.

Por lo tanto, si se tratara de un arbitraje doméstico, en donde tanto las partes, como los árbitros, como la situación conflictiva se dan dentro de un mismo país en el cual el sistema de control de constitucionalidad es difuso, parece una contradicción pretender que se desarrolle un debido proceso legal, omitiendo que el árbitro aplique la primera y fundamental ley del país que es su propia constitución, circunstancia que exime cualquier otro comentario, dado que el control de constitucionalidad implica la observancia del principio de razonabilidad de la ley en el caso concreto. Esto es, como enseñaba Linares, contrastar la letra de la norma en juego, con el principio constitucional que aparezca en pugna, de modo de propender a su compatibilización y cuando ello no fuera posible entonces sí reputarla inconstitucional, por lo menos para ese caso, característica ésta que distingue al control difuso de constitucionalidad. En general, cuando se utiliza un determinado ordenamiento –por elección de las partes– pues se trata de un arbitraje internacional, también a ellas les incumbirá la carga de la observancia de la primera y fundamental de las leyes de ese ordenamiento, para contrastar la ley aplicable y así efectuar el consabido control de constitucionalidad, de la misma manera que corresponderá hacerlo con relación a los tratados internacionales (control de convencionalidad) que vinculen a esas mismas partes.

Las dudas se pueden generar cuando la conflictiva planteada a los árbitros requiere su intervención como amigables componedores, supuesto en el cual el control de constitucionalidad se podrá hacer en forma omisiva, ya que la positividad que requiere el arbitraje de derecho aquí queda omitida por la discrecionalidad con la que cuentan los árbitros para pronunciarse.

Conviene despejar las infundadas dudas que presenta la actuación de los árbitros como jueces de equidad, o amigables componedores, pues se los imagina “sentados en el trono del rey Salomón, creyendo que el juicio de equidad es el juicio salomónico, sin advertir que aquél era un rey absoluto que tenía a su disposición los derechos de

---

<sup>23</sup> Barrios De Angelis, Dante; *El Juicio Arbitral*; Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, R.O.U., 1956, p. 45.

sus súbditos, olvidando que esa disponibilidad resulta ajena a los árbitros, y que siempre queda en manos de los propios interesados para comprometerla del mejor modo que estimen corresponder”<sup>24</sup>.

En general el juicio de valor que hacen los árbitros cuando actúan como amigables compondores es similar en la estructura de su razonamiento al que hacen los árbitros iuris, precisamente porque su decisión debe estar debidamente motivada, con fundamentos suficientes que le den respaldo, pues lo que no debe perderse de vista que el juicio según “su leal saber y entender”, no es más que el juicio generalmente de hombres formados en derecho, cuyo leal saber y entender tendrá seguramente un respaldo legal adecuado, y no únicamente su discrecionalidad<sup>25</sup>.

En ese caso, se puede considerar por los árbitros que una norma determinada resulta inaplicable, lo que no es más que un eufemismo que intenta traslucir su inconstitucionalidad para el caso<sup>26</sup>.

De ahí que haya sostenido Bidart Campos que la jurisdicción de equidad puede prescindir de esa positividad -que añadimos, es necesaria observar en el arbitraje de derecho- para emigrar así a la equidad, de donde la inaplicación por inconstitucionalidad subsume el control en la positividad porque, dentro y no fuera de ésta, el valor justicia que ella aloja ordena que, para su realización concreta se deje de lado toda norma que en las circunstancias de un caso proporciona resultados injustos<sup>27</sup>.

En esta misma línea la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya desde antiguo ha sentado una doctrina importante a tener en cuenta para distinguir estos aspectos que se han señalado precedentemente, en virtud de la cual decidió que “el Gobierno Nacional está obligado a concurrir a la formación del tribunal arbitral que ha de resolver las tarifas a cobrar en el Puerto de Rosario, en cumplimiento de la cláusula contractual que estableció la jurisdicción de los árbitros para las divergencias que se suscitaren, sin que a ello pueda ser obstáculo el que pueda tenerse que considerar alguna cuestión constitucional”<sup>28</sup>.

En esa misma línea, ya siendo el Estado parte de la controversia señaló la Corte que “ningún principio de orden público se opone a que la institución del arbitraje sea practicada por el Estado como persona jurídica a los fines de dirimir sus controversias con los particulares; y establecida esa institución por la ley e incorporada a un contrato,

---

<sup>24</sup> El entrecorillado indica una cita textual de Anaya, Jaime L.; *Equidad y Amigable Composición*, E.D. 181-552.

<sup>25</sup> En este sentido ha interpretado la Corte desde antiguo que “establecido en una ley de concesión y en el contrato respectivo que quedan libradas a la decisión arbitral "todas las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y los concesionarios", sin limitación alguna, la cuestión de la caducidad del contrato, alegada por la demandada para oponerse a la constitución del tribunal no está excluída de las que deben someterse al juicio de los árbitros arbitradores, los que podrán resolver hasta qué punto sean legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes (Fallos 128:402).

<sup>26</sup> En este mismo sentido se expide Bianchi, quien sostiene: “se diga que una norma es inaplicable o se la declare inconstitucional, es en última instancia lo mismo. Si una norma está vigente, la única razón que puede impedir su aplicación es que sea contraria a la Constitución. La palabra inaplicable, o sus equivalentes, funcionan aquí como un eufemismo...” (Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Ed. Abaco, Bs. As. 2002, T. I, p. 295).

<sup>27</sup> Bidart Campos, German J.; *Oscilaciones y deficiencias en el recurso extraordinario: una visión crítica pero optimista*, J.A. 2003-I-1292.

<sup>28</sup> Fallos 173:221

debe producir los efectos que en términos generales establece el artículo 1197 del Código Civil, toda vez que las obligaciones creadas por convenciones bilaterales no pueden modificarse ni extinguirse por voluntad de una sola de las partes (Código Civil, artículo 1200 y correlativos). En consecuencia, producido el caso previsto en los artículos 38 y 39 de la ley nacional número 775, sobre obras públicas, por tratarse de diferencias suscitadas al verificarse la entrega de las obras, corresponde que la nación contribuya a la formación del tribunal arbitral establecido en el contrato respectivo”<sup>29</sup>.

Dentro de estos escenarios, esto es el que se presenta en un arbitraje de derecho o el que corresponda al arbitraje de amigable composición, como las partes en ningún caso pueden renunciar a ninguno de sus derechos fundamentales, entre los que se encuentra la posibilidad de plantear en sede judicial la nulidad del laudo (aspecto que se reconoce uniformemente en todas las legislaciones e inclusive en la que especialmente han creado organismos internacionales como la Ley modelo de Uncitral, o el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional), por la vía que en cada supuesto corresponda, se podrá acceder al ámbito judicial para resguardar la legitimidad del control de constitucionalidad referido, de modo que –por ejemplo- la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tenga la posibilidad de acceder al conocimiento de la decisión que eventualmente sea materia, no de impugnación sino de invalidación<sup>30</sup>.

#### **4.- A MODO DE CONCLUSIONES**

Es cierto que este terreno resulta difícil de transitar, pero no es menos cierto que el derecho debe ir a la zaga de la realidad, tratando de normarla para encauzarla.

Por lo tanto, no puede negarse el acceso a la jurisdicción arbitral, ni menos aún la trascendencia que ha cobrado a nivel mundial, por lo tanto resultaría más conveniente que su desaliento, transitar senderos que doten al sistema de seguridades básicas de modo de propender al desarrollo del debido proceso legal.

En esta línea la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, respaldó al arbitraje interpretando que “la garantía de los jueces naturales y el principio según el cual la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia, no es óbice a la jurisdicción arbitral con fundamento convencional”<sup>31</sup>.

Con lo cual, es importante tener en cuenta ciertos aspectos que hacen por un lado al control de constitucionalidad, mientras que por otro lado, también inciden en las particularidades que distinguen a un proceso arbitral.

El control de constitucionalidad difuso tiene como carácter distintivo que la sentencia que se dicte produce efectos únicamente entre las partes, con lo cual el alcance de la cosa juzgada, tanto desde el punto de vista objetivo, como subjetivo, no tendrá ningún tipo de incidencia a nivel social, quedando la presunta gravedad institucional restringida

---

<sup>29</sup> Fallos 133:61

<sup>30</sup> Ver en este sentido Rojas, Jorge A.; Vías de impugnación del laudo arbitral, E.D. 210-836.

<sup>31</sup> In re Banco Sirio Libanés. Fallos 257:105.

a un ámbito que no es precisamente aquel que se circunscribe a derechos disponibles para las partes, pues lisa y llanamente no existe la trascendencia que se presume en una controversia sobre derechos disponibles para las partes. Resultaría impensado no permitir que en un proceso arbitral, se deje de lado una labor primordial que hace al debido proceso legal, como es el control de constitucionalidad que corresponde ejercer sobre la normativa aplicable al caso. Tampoco se pueden pasar por alto los dos niveles en los que se desarrolla la tarea jurisdiccional, uno el sustancial, que vincula a las partes con el negocio que eventualmente ha dado origen a las divergencias que concluyen en un proceso arbitral; otro procesal, que se vincula a la labor netamente jurisdiccional que ejercen los árbitros, toda vez que si se coincide con la tarea que aquellos realizan, no podría menoscabársela limitándola a una mera apariencia, pues si hay jurisdicción debe haber control constitucional. Lo contrario implicaría exponer a los árbitros a aplicar –aún contra su voluntad- una norma de rango inferior por sobre un precepto constitucional, lo que resultaría inadmisibile.

Finalmente, aparece una vez más en escena el rol que cabe asignarle a las partes, toda vez que son ellas quienes deciden comprometer en árbitros su caso, según los ordenamientos procesales que decidan observar, las que eventualmente pueden requerir de aquellos que se pronuncien sobre la eventual validez o invalidez constitucional de un determinado precepto, pues no es esa una atribución que posean los árbitros per se, sino que actúan conforme las pretensiones esgrimidas por las partes en el proceso.

Una interpretación contraria importaría una desvirtuación del principio de congruencia, ya que si se restringe esta facultad a los árbitros, cuando las partes así expresamente lo hubieran requerido, se los conminaría a dictar un laudo viciado de nulidad, por resultar *citra petita*, es decir violentando el principio de congruencia, al omitir pronunciarse sobre cuestiones debidamente articuladas por las partes interesadas.

Desde luego que la facultad que les asistiría a los árbitros debe ser ejercida con la misma medida y compromiso con que la ejercen los jueces, en el sentido de interpretar las normas que estén en juego tratando de armonizarlas con el principio constitucional que esté en juego, reputándosela como inconstitucional únicamente en el caso que no pueda sortear este test de constitucionalidad, como una facultad restringida y de carácter excepcional, sin la cual no podría ser útil el dictado de laudo.

Dentro de la visión globalizadora que existe en la actualidad en el mundo de los negocios y, el desarrollo que han tenido sistemas como el arbitraje, al amparo de los inconvenientes que genera el propio Estado por su ineficiencia, sus omisiones, su ineptitud, o las razones que se quieran encontrar, es evidente, que nada de ello puede menoscabar el derecho a la jurisdicción de cualquier justiciable, porque este se ha convertido también en un derecho humano esencial.

Por lo menos así lo ha concebido el bloque de constitucionalidad que ha adoptado la República Argentina a partir de su reforma constitucional de 1994, y lo había consagrado también su más Alto Tribunal, quien sentó como doctrina que “el derecho a la jurisdicción, que integra el de defensa en juicio, consiste en la posibilidad efectiva de ocurrir ante



un órgano competente –judicial, administrativo o arbitral- que permita ejercer actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de la persona y sus derechos, sin que pueda hablarse de derecho de defensa, ni de debido proceso, sin la presencia de un tribunal que de conformidad con un procedimiento legal, dé cauce a las acciones enderezadas a hacer valer eficazmente los derechos individuales”<sup>32</sup>.

Desde esta perspectiva globalista, asociada a la ya recordada crisis del Estado moderno, se refuerza la idea originaria que describe los derechos fundamentales como “humanos”, línea en la que sostiene Ferrari, siguiendo a Ferrajoli, que pierde consistencia su radicación cívica y política, que no puede estar asociada con aquél (con el Estado), pues la organización internacional basada en las relaciones entre Estados, no dispone aún de los instrumentos necesarios, en especial en material jurisdiccional, no sólo para equilibrar los derechos contrapuestos, sino, sobre todo, para vencer las resistencias que siempre se interponen en el camino de su reconocimiento y disfrute, para lo cual agrega, que no debe olvidarse en efecto que los derechos fundamentales siempre han sido conquistados contra alguien que tenía el poder, de hecho o de derecho, de negarlos, y por ello también de suprimirlos<sup>33</sup>.

Para el caso, que no seamos una valla, desde la doctrina o la jurisprudencia, que con una concepción –por cierto antigua- cercenemos el desarrollo y la protección de esos derechos fundamentales, puntualmente en este caso, a la jurisdicción, pues vale más su protección a través de mecanismos de resguardo, como los que existen en todos los países e inclusive en organismos transnacionales, como por ejemplo, la Ley Uniforme de Naciones Unidas sobre arbitraje (Uncitral), que dejan a cuidado el derecho de defensa en juicio de cualquiera que haya visto violentado el debido proceso legal, a través de mecanismos nulificatorios que resultan irrenunciables.

Por ello es de destacar que se ha producido un fuerte resquebrajamiento del concepto tradicional de soberanía, pues sirva como ejemplo, que en la actualidad, las tecnologías informáticas anularon las dimensiones espacio-temporales de otras épocas, revolucionando las comunicaciones y provocando un notorio acortamiento en las distancias, lo cual sumado a las actividades desarrolladas por organismos internacionales de derechos humanos, como asimismo las convenciones celebradas por la mayoría de los países miembros de las Naciones Unidas, le han brindado un matiz diverso al otrora concepto tradicional de soberanía y por ende a la voz jurisdicción, pues un país ya no se limita únicamente a los pronunciamientos de sus propios tribunales, sino que con algunas modalidades, admiten su sometimiento a otras normas, dando origen a lo que se conoce como proceso transnacional. Sería una enormidad negar esta misma circunstancia cuando esa tarea atañe a los particulares, pues con una visión esencialmente dinámica y empírica, resultaría un absurdo tal como querer tapar el sol con las manos.

---

<sup>32</sup> Fallos 323:2418.

<sup>33</sup> Ferrari, Vincenzo; *Derecho y Sociedad*; Ed. Universidad del Externado de Colombia, 2006, p. 152.