

LA EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL
DE CONSTITUCIONALIDAD POR OBRA
DE LA CORTE SUPREMA DE LA ARGENTINA
(BALANCE DE UNA DÉCADA DE «CERTIORARI» CRIOLLO)

Por JORGE REYNALDO VANOSSI *

«A un caballero, en una discusión teológica o literaria, le arrojaron en la cara un vaso de vino. El agredido no se inmutó y dijo al ofensor: 'Esto, señor, es una digresión, espero su argumento'. (El protagonista de esa réplica, un doctor Henderson, falleció en Oxford hacia 1787, sin dejarnos otra memoria que esas justas palabras: suficiente y hermosa inmortalidad)».

JORGE LUIS BORGES

(«Arte de injuriar», en *Historia de la Eternidad*, Ed. EMECÉ, Buenos Aires, 1998, pp. 195 y 196).

I. Dentro del tema del control de constitucionalidad, que envuelve o encierra todo un universo de problemas, he decidido hacer —a vuelo de pájaro— una suerte de visión en escorzo, global o integral, de la experiencia del recurso extraordinario, con la finalidad de acercar y de aportar algunas sugerencias y sugerencias en torno a cómo ha sido la evolución y cuál es el estado actual, hoy y aquí, de un recurso que puede llegar a tener un desenvolvimiento tan impredecible como ha sido su evolución y su desarrollo, desde los orígenes hasta la actualidad.

* Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Director del Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado, Universidad de Belgrano.

Involucro al tema del recurso extraordinario en lo que algunos psicólogos contemporáneos llaman el «problema de la quiebra de las certidumbres». Asistimos, en el orden general de las cosas de la vida, a una quiebra de las certidumbres que provocan angustia, que provocan desesperación, que provocan inquietud. El no saber a qué atenerse, el no poder precisar los alcances, el romper las reglas de predictibilidad o de previsión, lleva a que a eso se lo viva de una forma muy estresante. Ese mismo estrés lo padecen los justiciables, los abogados y yo diría que hasta los mismos magistrados, cuando se trata de observar la línea de evolución del recurso extraordinario. Es decir, que quien tiene la palabra final en esta materia, que es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha demostrado en numerosas oportunidades grandes aciertos, en otras —estimamos, o puede cualquier observador atento estimar— se ha equivocado. De lo que no cabe ninguna duda es que la Corte, muchas veces, ha asombrado, ha dejado *touché* a los protagonistas o actores por lo impredecibles que han sido sus pasos y sus sucesivas evoluciones en esta materia.

¿Cuál aparenta ser la metodología de la Corte? Dicho esto como gran interrogante, válido para los años que van desde la ampliación del número de los componentes de la Corte, hasta la actualidad, es decir, una década. Estamos haciendo, de alguna manera, el balance de esa década, porque la reforma fue en 1990. No es fácil responder, pero podría decir que a grandes rasgos hay una línea demarcatoria.

Por un lado, creo que para las cuestiones de índole política, de sustancia política o de interés político, la Corte ha optado por resolverlas con una decisión política, en la cual sí era posible aplicar una regla de predictibilidad en el sentido de que, estando la Corte internamente dividida en dos sectores, era posible aventurar cuál iba a ser el camino a tomar por el grupo mayoritario y cuál iba a ser el camino a tomar por el grupo minoritario.

Para las cuestiones puramente técnicas —y por técnicas me estoy refiriendo a las que no tienen implicancias políticas o político-partidarias— deberíamos suponer que el camino seguido por la Corte ha sido el de adoptar decisiones técnicas. Y aquí es donde también ha sido dificultoso hacer el seguimiento de cómo han sido esas decisiones técnicas en problemas técnicos, porque la división entre mayoría y minoría se ha quebrado en esos casos. Por lo tanto, muchas veces votaban asociados algunos miembros de la mayoría con algunos de la minoría y se producían las combinaciones más variadas, más diversas y hasta diría —en algunos casos— desconcertantes, desde el punto de vista de quién aparecía votando junto con otros u otros de los ministros. Esto, por supuesto, es variación de un mismo tema.

Si uno piensa que a comienzos de siglo, cuando se escribe el primer libro importante sobre recurso extraordinario debido a la pluma de García Merou, el autor ya hablaba del «arcano» del recurso extraordinario; es decir, el recurso extraordinario como algo que envolvía una dosis de miste-

rio, de suspense. Y asistimos, con el transcurso de los años, al agravamiento de un misterio difícil de desentrañar. La complejidad de las causas, la complejidad de los temas en tratamiento, la complejidad de la vida social que origina los conflictos y las controversias que llegan hasta los estrados judiciales, ha hecho que —en definitiva— este misterio, o este arcano, se haya multiplicado.

Hay que señalar que en algunos momentos de la evolución del recurso extraordinario se hicieron aportes sin ninguna duda dirigidos a clarificar, en la medida de lo humanamente posible, la técnica del recurso extraordinario, para que quienes tuvieran que operar o actuar en ese ámbito supieran a qué atenerse. Por ejemplo, la obra clásica de los doctores Esteban Ymaz y Rey fue una gran ayuda para guiarse por esos vericuetos tan complejos. Obra que desgraciadamente después de la actualización —magnífica, por cierto— que hizo el doctor Lino Palacio, ya no se ha reeditado más. Pero el propio doctor Lino Palacio es el autor de otro magnífico libro en torno a este mismo tema.

Es irónico o paradójico que cuando comenzó la publicación de los fallos de la Corte —que fue con el surgimiento mismo de la Corte, en el año 1863— en el Prólogo del tomo I, el entonces secretario doctor Guastavino anunciaba que la Corte actuaría en esta materia con una «serena firmeza».

Más recientemente, ya en el siglo que ha pasado, Genaro Carrió aportó muchísimo con su sistematización, en un aspecto que pasó a ser de los que más espacio ocuparon en la Corte, que es el del recurso extraordinario contra las sentencias arbitrarias. Ésta es en realidad, la materia en la cual el mayor porcentaje de los abogados trabaja cuando llega a la Corte. Y es también, quizás, el tema que mayor cantidad de asuntos incorpora a las estadísticas de casos que resuelve la Corte. Esa obra de sistematización de un hombre que con gran modestia, pero con gran sabiduría, se abstuvo de intentar una definición de la arbitrariedad significó, sin embargo, a través del orden científico que elaboró, una ayuda invaluable para la comprensión de un tema que es tan intrincado.

Fernando Barrancos y Vedia abordó, en su oportunidad, un nuevo perfil inimaginable hasta la segunda mitad del siglo que acaba de terminar, que fue el de la gravedad institucional, que, a su vez, registró una evolución. Recurso extraordinario y gravedad institucional o recurso extraordinario *por* gravedad institucional. Era no un juego de palabras, sino una opción respecto del grado de asimilación que este nuevo supuesto tenía con los ya conocidos —también de creación pretoriana como la arbitrariedad—, o estábamos ante un nuevo supuesto con plena autonomía respecto de los pre-existentes.

Esto comienza hace cuarenta años, en el conocido caso «Jorge Antonio» (Fallos 248:189, año 1960), que en su momento significó toda una

conmoción en la estructura de los recaudos formales y de los requisitos propios del recurso extraordinario. Como los versos, tan repetidos, de Machado: «caminante no hay camino, se hace camino al andar». Es decir, el recurso extraordinario, más allá del escueto artículo 14 de la Ley 48 y pocas normas más, afines, se ha ido haciendo con el andar, con la larga experiencia de más de un siglo.

Pero más allá de lo histórico, lo político y de lo poético, lo único cierto es que falta —precisamente— eso: falta la certeza. Estamos ante un tema en el cual la quiebra de las certidumbres la podríamos traducir, en un lenguaje más jurídico, como la insuficiencia de certeza en cuanto a lo que puede ser la suerte procesal de sustanciación del propio recurso extraordinario.

Por ello, como una primera conclusión, puedo señalar que el recurso extraordinario se ha parecido en su uso al fuelle de un bandoneón: cierre y apertura, apertura y cierre, según las circunstancias.

Voy a señalar, por lo menos, seis etapas:

- Una primera, hasta los años iniciales del 900, en que el tema era absolutamente desconocido.
- Allí, por 1908, aparece la concepción «teórica» del recurso extraordinario por arbitrariedad en un *óbiter dictum* en que la Corte —sin llegar a revocar la sentencia inferior—, admite la posibilidad de que pueda haber sentencias descalificables como acto judicial. Ésta sería una segunda etapa.
- La tercera etapa se inicia en 1938 con la aplicación práctica del recurso extraordinario por arbitrariedad, a partir del caso Storani, en que ya la Corte comienza a revocar sentencias de tribunales inferiores y de tribunales locales. Era la respuesta a una gran demanda que existía en la sociedad, especialmente por el desagrado que causaban las sentencias emanadas de tribunales en provincias donde la agitación política y la subversión institucional hacían difícilmente admisible la hipótesis de que existiera separación de poderes, y, por lo tanto, de que hubiera juez independiente y juez natural propiamente dicho.
- Una cuarta etapa es la que se registra entre el juicio político y el cambio de la composición de la Corte Suprema en 1947 hasta la renovación, es decir, la destitución y reemplazo de esa Corte en 1955. En este período podríamos decir que predominaron las notas políticas y, por lo tanto, la concepción más restrictiva del recurso por arbitrariedad, ya que «el superior siempre tiene razón y si se equivoca más razón aún tiene». Por lo tanto, era muy difícil que la Corte —con la composición que tuvo en esos años— enmendara la plana a los jueces inferiores que, a su vez también, habían todos

ellos sufrido una gran purga a raíz de que la reforma de 1949 puso en comisión al poder judicial, al requerir en todo el país un nuevo acuerdo del Senado y por lo tanto un nuevo pedido de acuerdo por el Ejecutivo para todos aquellos funcionarios que necesitaban para su estabilidad constitucional ese requisito.

- A partir de 1955 se produce lo que podríamos llamar una quinta etapa de progresivo aperturismo. Es decir, la Corte gira notablemente en su orientación y en forma gradual y progresiva permeabiliza y da mayor porosidad a las hipótesis de su intervención, no sólo en materia de arbitrariedad, sino también en otras hipótesis.
- Una sexta etapa sería la de los años 1966 en adelante. Es decir, coincide con otro cambio de la composición de la Corte Suprema. Coincide también con el alejamiento de la Corte Suprema de los integrantes que más velaban por lo que podríamos llamar 'la ortodoxia ritual' del recurso extraordinario. Dicho esto con un sentido encomiástico y no peyorativo, porque realmente lo hacían con una profunda sabiduría y con una gran coherencia; pero la Corte que se instala en 1966 comienza a producir el aflojamiento de los rigores adjetivos formales o adjetivos procesales, y, por lo tanto, los justiciables encuentran una mucho mayor facilidad u oportunidad para obtener la revocación de sentencias inferiores.

II. Todo esto se alcanzó sin reformas legislativas de por medio hasta ese momento, de modo que se puede hablar de un largo período que abarca gran parte o la casi totalidad del siglo que acaba de terminar. Hasta allí existían los incisos escritos del artículo 14 de la Ley 48 con las hipótesis clásicas y lo que podríamos llamar un inciso no escrito —es decir, un inciso creado pretorianamente— donde sí tenían cabida, por vía de creación jurisprudencial, las otras hipótesis que fueron naciendo y se fueron desenvolviendo.

La más importante era la de la arbitrariedad, que se fundaba en la idea de abrir un recurso que permitiera dejar sin efecto sentencias que por el orden natural del reparto de las competencias y del orden natural jurisdiccional debían quedar finiquitadas en instancias inferiores —ya fuera nacionales o provinciales— y no ser revisadas por la Corte, porque no eran materia de recurso extraordinario escrito.

El doctor Ymaz decía que se trataba de sentencias que adolecían de un error inexcusable. No cualquier sentencia errónea, salvo si el error era de gravedad tal que lo hacía inexcusable. El apoyo constitucional para quitar validez a estos actos —ya fuera el artículo 14 o el artículo 17 de la Constitución— era la lesión patrimonial que sufría al perjudicado; pero la mayor parte de los autores y la mayor parte de las sentencias optaron finalmente por radicar ese fundamento en el artículo 18, sobre todo en la ga-

rantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio. Es decir, una sentencia arbitraria era una sentencia que violaba la garantía constitucional mencionada.

La Corte Suprema de Estados Unidos, que no utiliza normalmente la palabra arbitrariedad, ha hecho —en su largo trajinar— una labor que ha llevado a anular decisiones de tribunales inferiores cuando ha considerado que ese acto judicial en examen es algo inconcebible desde el punto de vista de que puede haber sido dictado por un tribunal. Es decir, anula algo que considera inconcebible como acto judicial (HOLMES: caso *Chicago Insurance Life c/Cherry*).

Personalmente, en mi libro sobre recurso extraordinario, he defendido a rajatabla, la tesis de que la sentencia arbitraria es un acto inconstitucional. Y, por lo tanto, la anulación por vía de arbitrariedad forma parte del gran capítulo del control de constitucionalidad, en virtud del cual la Corte declara la inconstitucionalidad de leyes, de decretos, de resoluciones, de decretos-leyes, de cualquier tipo de normas —ya sean nacionales o provinciales— y también declara la inconstitucionalidad de las sentencias. Se trata de actos que emanan del propio poder, pero de un órgano inferior, como son los jueces de primera o segunda instancia, los que también pueden incurrir en el vicio de la inconstitucionalidad, como puede incurrir el legislador o el poder ejecutivo.

Y para poner un poco de humor a este tema tan crítico diría que un ex juez de la Corte Suprema —un hombre muy serio y muy respetable, por cierto— decía siempre en rueda de amigos que no había forma de definir lo que era una sentencia arbitraria; pero había, sí, una forma de expresar cuál era el estado emocional de alguien que se encontraba frente a una sentencia arbitraria. Y ese estado emocional se traducían en lo siguiente: que después de haberla leído y releído decía... *¡pero los autores de esto son unos hijos de tal por cual!* Es decir, algo inconcebible.

En síntesis, asistiríamos en el caso de la sentencia arbitraria a una inequidad grosera e insultante. Es decir, la sentencia arbitraria es un acto de inequidad; pero no de cualquier inequidad, sino al nivel de una grosería, de un insulto al valor de la justicia, al valor de la defensa en juicio, al valor de la protección constitucional que debe regir para todos y en todos los casos.

III. La Corte, en principio, siempre había dejado afuera del control cierto tipo de cuestiones. Eso ya la vieja Ley 48 lo tenía claro: las cuestiones locales, las cuestiones procesales, los juicios ejecutivos, las medidas precautorias, las nulidades por vía de principio. Pero, obviamente, en los casos de arbitrariedad todas estas vallas se fueron quebrando, se fueron saltando una a una y dieron paso a que la Corte entrara a analizar situaciones de este tipo. Y nos encontramos entonces con el dato de que, a

diferencia de lo que ocurría en el siglo XIX —desde la instalación de la Corte hasta 1938, cuando comienza a aplicarse esta doctrina, y de 1938 en adelante hasta la actualidad— cada vez se ha ido invirtiendo la relación y ha sido menor el conjunto, cuantitativamente hablando, de casos que llegan a la Corte por los incisos escritos, en comparación la verdadera e imponente cantidad de casos que llegan por vía del inciso no escrito. Uno se pregunta por qué. Y esto no responde a un capricho, ni a una moda, ni a un talante. No obstante, los cambios que hemos registrado o podemos registrar en la evolución de la Corte, hay que decir la verdad por más cruel que sea, si la Corte, tanto y tanto tiene que intervenir en materia de arbitrariedad, y tantas veces tiene que anular invocando la arbitrariedad, es porque realmente ha descendido mucho la calidad del producto judicial emanado de los tribunales inferiores. Es decir, si tal ha sido la dilatación del recurso extraordinario contra las sentencias arbitrarias es porque ha sido muy grande la multiplicación de los vicios de arbitrariedad en las sentencias inferiores. Y esto sólo se corrige mejorando la calidad del trabajo judicial y perfeccionando los elencos humanos que deben integrar los tribunales inferiores.

IV. El otro gran problema fue la exigencia de respetar la existencia de una sentencia definitiva, emanada de un superior tribunal de la causa, como exigía, y sigue exigiendo, el artículo 14 de la Ley 48. La razón por la cual la Corte se resistía a abrir el recurso extraordinario en casos de apremio, o juicios ejecutivos, es decir, procesos sumarísimos, o en casos en que no se habían agotado todas las instancias, era explicable y justificable. El recurso extraordinario tiene una similitud, en el ámbito judicial, con el instituto de la intervención federal en las provincias, que prevé el artículo 6.º de la Constitución. O sea, una excepción a la autonomía local que consagra el artículo 5.º de la Constitución. De modo que cuando la Corte interviene en un caso en el cual normalmente la causa debe finiquitar en la órbita local, es una manera de intervención, como cuando el Congreso dicta una ley de intervención federal y sustituye a los poderes políticos locales. Sólo que esto es judicial y no de índole política. En consecuencia, la anomalía a corregir debe ser obviamente una anomalía muy grave para producir esta excepción al principio o regla de la no intervención, pues la intervención de la Corte supone una sustitución de jurisdicción y competencia para dirimir el conflicto. No nos olvidemos que la vieja Ley 27 —que fue la primera ley de organización de la justicia nacional— decía en su artículo 5.º, referido al orden federal: «No 'interviene' en ninguno de los casos en que, compitiendo ese conocimiento y decisión a la jurisdicción de provincia, no se halle interesada la Constitución ni ley alguna nacional». Es decir, la regla era la no intervención y la excepción sólo podía ser, valga la redundancia, excepcionalísima.

Es por ello también que la Corte exige que la decisión recurrida emane de la Corte o superior tribunal de la jurisdicción local, o sea, del máximo tribunal y no simplemente de la Cámara de Apelaciones o el tribunal inferior colegiado. Para las nuevas generaciones esto puede resultar una perogrullada, pero para los que ya pertenecemos al espacio que va más allá de la línea del Ecuador en el transcurso de la vida las cosas no eran así. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires se entendía que el superior tribunal de la causa era la Cámara de Apelaciones y ante ella se interponía el recurso extraordinario para acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Hasta que a partir del caso Strada (abril de 1986), hace no muchas décadas, la Corte Suprema rectificó este criterio y sostuvo lo que yo considero la buena tesis, y por la cual predicábamos un sector de la doctrina, en el sentido de que era obligatorio para los litigantes agotar las instancias, incluida la Corte Suprema o Superior Tribunal de Justicia de las provincias antes de interponer el recurso extraordinario. Y esto no era así a causa de una confusión proveniente fundamentalmente de las doctrinas procesalísticas europeas, ajenas a la tradición de nuestro sistema de control de constitucionalidad, que es netamente de filiación americana. Porque nuestro sistema de control es difuso y cualquier juez, cualquier tribunal de cualquier instancia puede ejercer el control de constitucionalidad. No es como en los países que tienen un control de tipo concentrado, donde sólo algunos tribunales tienen esta tarea a su cargo. Por lo tanto, las que eran inconstitucionales eran las constituciones provinciales o los Códigos Procesales provinciales que sólo preveían recursos reducidos, recursos limitadísimos para apelar ante el máximo tribunal provincial —llamado por lo general Corte Suprema o Superior Tribunal de Justicia— y llevaban entonces a que los litigantes saltaran esa instancia y desde las cámaras de apelaciones fueran directamente a la Corte. Hoy en día, ya es rectificado este rumbo, la Corte rechaza la admisibilidad del recurso, cuando encuentra que algún abogado se ha equivocado y ha interpuesto el recurso extraordinario sin haber llegado primero hasta la Corte provincial.

Segunda conclusión: siempre hemos estado más cerca del modelo americano que del modelo europeo. Y ni que hablar del modelo o sistema francés, donde el control de constitucionalidad está a cargo de un órgano muy particular, muy peculiar, que es el Consejo Constitucional. La naturaleza de ese órgano difiere incluso del sistema kelseniano —que es el que hoy predomina en Europa, por lo menos en Alemania, en España, en Italia, en Portugal, en Austria—, donde hay un tribunal constitucional, es decir, una Corte Constitucional que tiene el monopolio del control de constitucionalidad. Nuestro sistema es totalmente distinto y nos hemos salvado por un milagro de que en la infortunada reforma constitucional de 1994 —donde a la Corte Suprema se la ha despojado de muchos de sus poderes, para otorgárselos al Consejo de la Magistratura— también se la despojara, como

hubo intento, del control constitucional, creando entre nosotros el engendro de una Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, que hubiera prácticamente producido una alteración total de la filiación histórica del sistema argentino.

V. ¿Qué es lo que la Corte también ha querido subrayar con sus intervenciones, que en definitiva conducen al estado actual de la cuestión? Lo que se ha ido imponiendo crecientemente ha sido la idea de la *trascendencia institucional*, por oposición antinómica a la llamada cuestión «baladí» (término al cual era muy afecto el doctor Esteban Ymaz, que fue treinta años secretario de la Corte y después varios años juez de la misma), es decir, una cuestión superficial, intrascendente. O también la cuestión reiterada, o una cuestión insustancial. La Corte pasó a discriminar entre lo baladí y lo sustancial, entre lo trascendente y lo intrascendente. La trascendencia institucional aparece en el caso concreto cuando éste afecta un interés público y su solución supera al interés de los litigantes. La Ley 48, en su artículo 15, exigió relación *directa y concreta* con las normas federales (Constitución, Ley, Tratado) que se invocan. Podemos afirmar que esta exigencia actuó como un perno en la apertura o cierre del Recurso y así nació el *cliché* de la «cuestión federal insustancial», que posibilitó el rechazo de Recursos Extraordinarios por algunas de estas razones de impedimento dirimente:

- a) reiteración *baladí* del tema, o
- b) falta de *fundamentos* federales.

Así, aumentó progresivamente el acento o el rigor en la exigencia de:

- a) interés institucional suficiente;
- b) cuestión federal bastante, y
- c) cuestión federal concreta.

Se llega después a una verdadera paradoja: que mientras en los Estados Unidos, país con sistema de «common law», el *certiorari* estaba LEGISLADO, en la Argentina, con sistema continental, funcionaba a manera de una creación JUDICIAL.

No encuentro mejor forma de conceptualizar la cuestión que con estas breves palabras: por trascendencia institucional la Corte entiende no sólo la gravedad del caso, sino también la trascendencia del mismo respecto a lo que pueda ser una afectación del interés general, ya sea porque ese caso va a tener repercusión, o porque ese caso puede repetirse, o reiterarse, o por reflejo producir secuelas en un ámbito social más allá de actos y de-

mandado, porque repercute allende las partes que han compuesto la relación procesal.

VI. Entonces, de repente, la Corte da un paso más. Por etapas, éstos fueron los momentos:

- 1.º cuando supera los «ápices procesales», es decir, devalúa lo formal, para ir a lo sustancial;
- 2.º cuando pasa a no requerir con rigor formal el cumplimiento de algunos de los recaudos tradicionales, ya sean propios o impropios, y
- 3.º cuando llegamos al milagro laico del recurso «per saltum». Lo llamo milagro laico porque felizmente no hubo ninguna intervención divina en la creación de este nuevo arcano, o nuevo misterio, del recurso llamado «per saltum».

El «*per saltum*» nos plantea algunos problemas. Vamos a acudir, como siempre, a la norma fundamental que es la Constitución y vamos a ver qué es lo que ha dicho, en definitiva, el legislador. El artículo 117, que antes era el artículo 101, es decir, el artículo siguiente al que enumera los casos de competencia de la justicia federal, dice: «En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso. Pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente». Es decir, que la Corte ha separado la jurisdicción originaria de la apelada. La originaria, exclusivamente, es para dos hipótesis: los diplomáticos y las provincias cuando son parte. En la apelada hay reglas y excepciones, que las dicta el legislador cuando regula el recurso extraordinario. La primera, la originaria, no es ni ampliable ni restringible. El legislador no puede alterarla. No puede crear más casos, ni suprimir alguno de estos dos casos. Cuando lo ha intentado hacer, la Corte ha considerado inconstitucional la ley del Congreso. Pero en la jurisdicción apelada, ahí sí el Congreso tiene obviamente una potestad amplia a efectos de decidir. Y esta potestad amplia es como la sonrisa de la Gioconda, en cuanto a las reglas y excepciones. Esto lo decía mi profesor de Derecho Constitucional cuando yo era alumno y se refería —no a este caso concreto que estoy mencionando—, sino a otros; pero es igualmente aplicable, «*mutatis mutandi*», pues cuando uno contempla el magnífico cuadro, no sabe si la Gioconda sufre o goza, si ríe o llora, incluso algunos discuten si es hombre o mujer. Es una incógnita, admite toda clase de interpretaciones, y esta primera parte del artículo 117 de la Constitución también es como una sonrisa de la Gioconda.

VII. Nueva conclusión. Tenemos, pues, dos grandes creaciones pretorianas: una, recepcionada legislativamente, el polémico *certiorari* —que analizaremos más adelante— a partir de la Ley 23.774 del año 1990, y la otra, ubicada en el limbo, que es el recurso «per saltum». Ese recurso, que se inició con el caso Aerolíneas Argentinas, planteado por el entonces ministro de Obras y Servicios Públicos (el doctor Dromi), realmente no sabemos cómo va a terminar o cómo va a evolucionar. El «per saltum» es lisa y llanamente —como el nombre lo sugiere— el salto u omisión de la o las instancias previas o inferiores. La Corte «chupa» el caso, lo absorbe, lo succiona, se lo quita a otro tribunal y resuelve directamente. Esto me recuerda un poco aquella famosa novela de Mario Benedetti *Gracias por el fuego*, donde el personaje se levanta un día y el Uruguay ha desaparecido: ¡desapareció el Uruguay! Bueno, aquí también desapareció el expediente, lo «chupó» la Corte, no está donde debería estar. Pero lo grave es que no hay ley que lo regule. Y lo grave es no succionarle el expediente a una Cámara de Apelaciones —lo cual supone que ya hay una sentencia de un tribunal inferior—, sino «chupar» un expediente cuando todavía no hay ninguna sentencia de ningún tribunal. Porque entonces estamos violando el artículo citado, y estamos creando un nuevo supuesto de competencia originaria de la Corte, que ya no procedería «cuando un diplomático es parte» o «cuando una provincia es parte», sino cuando a la Corte se le antoja, o cuando a un ministro o a alguien se le ocurre pedir que la Corte intervenga directamente antes que medie una sentencia de tribunal inferior. Estaríamos dilatando los supuestos de competencia originaria, lo cual la propia Corte en sus viejas composiciones dijo siempre que era inconstitucional, que no se podía realizar. Llama la atención que el legislador no aprobó ninguno de los proyectos de ley en ese sentido para legalizar el recurso «per saltum» (Proyecto del 18 de julio de 1990: *Trámite Parlamentario N.º 5*, Jorge R. Yoma).

Tampoco fue aprobada la *orden del día* N.º 1282 en las Sesiones Extraordinarias del año 1987, cuyo artículo 3.º decía:

«En el marco de su competencia material y cuando a su juicio el caso revistiese gravedad institucional, la Corte Suprema podrá conocer en la causa con prescindencia del cumplimiento de los requisitos *legales* propios de los recursos. En tal supuesto, su decisión de entender en los autos deberá ser fundada, con explícita mención de las circunstancias que configurasen la situación de gravedad institucional y evidenciaren que su solución no admite demostra alguna».

Queda claro que el proyecto aludía al desplazamiento de los requisitos *legales*, pero *no* los constitucionales.

Es obvia la diferencia de lo acontecido con el *certiorari*, que en la reforma de 1990, que como artículo 2.º de la ley que en su primer artículo ampliaba de cinco a nueve el número de ministros de la Corte, previó ese supuesto.

VIII. Hay opiniones dispares respecto de este problema:

- 1.º ¿Es un paso más en la gravedad institucional el recurso «per saltum», como lo fue aquélla en su momento?

Así lo fue la gravedad institucional con respecto a la arbitrariedad. En su oportunidad se dijo: la gravedad institucional es un paso más dentro de la arbitrariedad. ¡Pero cómo no lo va a ser si se están salteando instancias o no ha habido ninguna instancia inferior!

- 2.º ¿Es una variable autónoma?

Así, con el transcurso del tiempo se lo admitió para la gravedad institucional: variable autónoma respecto a la arbitrariedad. ¿Es esta una nueva variable autónoma innominada que ha aparecido con la varita mágica, extraída de la galera por la Corte? ¡En fin! Dejo así planteados los interrogantes. Hay muchas preguntas y tenemos muy pocas respuestas seguras.

IX. La doctrina y la experiencia de la «gravedad institucional» se pueden observar a través de varios planos, a saber:

1. Marco de aparición: fue varias décadas atrás, como una especie de mecanismo de contención de los excesos rituales (Sagüés). Esa aparición dio lugar a que se pensara en la modalidad de un Recurso Extraordinario *por* gravedad institucional (Barrancos y Vedia).
2. Evolución y alcances: el propio autor recién citado verbalizó la dilatación del recurso y habló de Recurso Extraordinario y gravedad institucional.
3. Perspectiva y significado: lleva a preguntarnos si lo notable será encontrar un Recurso Extraordinario *sin* gravedad institucional.

Ante esta evolución, pensamos que es más apropiado hablar de: la gravedad institucional *a través* del Recurso Extraordinario.

Recordemos que toda la potencia jurisdiccional de la Corte Suprema brota de la Constitución. De allí las grandes creaciones pretorianas: el amparo, el recurso extraordinario por arbitrariedad y la *gravedad institucional*. Son medios o herramientas para la defensa de valores prioritarios. En ese sentido, cada sistema constitucional crea su propio aparato instrumental.

Así, por ejemplo, Méjico opta por la unidad, a través del instituto del «amparo», mientras que, en cambio, la Argentina ofrece un régimen de pluralidad, dispersión y variedad.

Entre nosotros, pues, a veces los jueces se anticipan y se adelantan al legislador, y, entonces, la Corte Suprema crea un instrumento: es la respuesta para superar una *ineficiencia* en el control de constitucionalidad.

Y uno se pregunta: ¿Por qué no surgió con anterioridad? ¿No había necesidad, acaso? O como sostienen los ingleses: «Where is a wrong there is a remedy».

En conclusión, puede afirmarse que para los problemas novedosos se necesitaron soluciones imaginativas.

¿Por qué hace falta una ley? Entendemos que una regulación sería conveniente para la mejor atención del valor «seguridad jurídica» (*certidumbre*), que también comprende lo procesal.

¿Vamos hacia la «codificación» del Derecho adjetivo federal?

X. Repasemos un poco tan complejo tema.

La Corte Suprema desplegó su conciencia de la dimensión de su competencia a través de dos válvulas, por cuyo conducto se canalizaron las reacciones del Tribunal ante la demanda de los justiciables:

- «*cuestiones federales insustanciales*»: mayor restricción para cerrar la entrada, cuando falta todo fundamento o media clara y reiterada jurisprudencia al respecto.
- «*gravedad institucional*»: mayor apertura.

Recordemos que el Recurso Extraordinario tiene requisitos *propios* y requisitos *formales*:

- *Cuestión federal*: planteo de la cuestión federal.
- *Sentencia definitiva* y mantenimiento del caso federal.
- Tribunal Superior (caso Strada) e interposición del Recurso Extraordinario.
- Resolución contraria.

A su vez, la «Cuestión federal» puede ser:

- Simple → *interpretación* de una normal federal.
- Compleja: → *confrontación* entre normas federales.

Y la compleja puede ser:

- Directa → está en juego la Constitución Nacional.
- Indirecta → (o mediata) entre otras normas federales inferiores.

Hoy, para llegar a la Corte Suprema, hay dos caminos posibles por reducción final:

- cuestión federal, o
- gravedad institucional.

Como lo fue la arbitrariedad en su momento (y lo sigue siendo), ya es otro inciso no escrito del artículo 14 de la Ley 48: es una *vía autónoma* o concepto *analógico*. Estamos ante un nuevo *standard*.

¿Qué es en síntesis? ¿En qué consiste, pues? Podemos contestar diciendo que:

- a) se remueven los obstáculos formales o procesales para dejar expedita la vía extraordinaria *de inmediato*; y
- b) se opera un *ablandamiento* del ritual.

¿Cuál es la diferencia con la *arbitrariedad*?: en el caso de la gravedad institucional, *se excede el interés individual*, por entender que la cuestión que está en juego *atañe a la colectividad*.

A veces, la nota es:

- *Cuantitativa*: por ejemplo, el desapoderamiento foral del ejecutado.
- *Cualitativa*: por ejemplo, anomalía o iniquidad del gravamen (antes que el monto).

La evolución se registró a partir de juicios de *apremio* y juicios *ejecutivos*, que eran sentencias *no definitivas*, pero que también eran casos en que se producía una perturbación en la expedita prestación de los «*servicios públicos*». Se consideró que había que *obviar ese reclamo*, en aras de intereses superiores.

Luego se extendió a hipótesis de *juicios ordinarios* (caso Jorge Antonio), por estimarlos casos en que se imponía *superar cuestiones procesales*, que pese a su *carácter formal*, afectaban instituciones fundamentales de la Nación.

Más adelante, se aplicó a *casos penales* de enorme resonancia y conmoción pública. Así, casos en que era menester asegurar una *irreprochable* administración de justicia (casos Toculescu y Penjerek), o bien casos en que irritaba la excesiva duración del proceso penal (caso Mozzatti, que llevaba veinticinco años de sustanciación).

Asimismo, se extendió excepcionalmente a *casos comerciales*, por tratarse de supuestos en que mediaban legítimos intereses de la economía nacional (caso Ind. Aut. de Santa Fe), o bien en otras situaciones muy resonantes como el caso «Sasetru».

En síntesis, la gravedad institucional se ha planteado en cuestiones procesales, de hecho, de derecho común y de derecho local, tales como medidas precautorias (excarcelación), nulidades procesales, fijación provisoria de alimentos, jurisprudencia contradictoria y recursos de inaplicabilidad de ley (salas y plenario).

En tales hipótesis —tan disímiles entre sí— la gravedad institucional es invocada expresamente (hay que alegarla) y demostrada (hay que probarla). O sea, pues, que no basta con la mera mención.

¿Y cuál es el efecto de esa articulación? Entendemos, en consecuencia, que el señalamiento de la gravedad institucional convierte en "federal" a la cuestión, por su decisiva repercusión, resonancia e implicancia constitucional.

Nada más y nada menos que en esa medida y por esa razón: *la trascendencia a los niveles constitucionales*.

La gravedad que reviste el caso hace aparecer o nacer una cuestión federal «suficiente» o «bastante»: he ahí el perno o llave para la apertura de la vía ante la Corte Suprema.

XI. La Corte Suprema no se ha equivocado, pese a su casuismo: todos los casos están históricamente justificados. Pero hay que reconocer que un excesivo «casuismo» puede provocar una máxima incertidumbre.

Con el tiempo, se ha incentivado la *tendencia multiplicadora*. Y, así, se torna tan difícil de tipificar como la arbitrariedad. Eso no es malo o negativo de por sí. Enriquece al instituto. Pero una cosa es que esté *in fieri*, perpetuamente, en cuanto a sus aplicaciones prácticas se refiere. Y otra cosa es que la *disparidad de trato* pueda, en la práctica, *lesionar el valor de la igualdad ante la ley* (art. 16, C.N.). Por ello es que hay que preservar a este instituto, perfilándolo y reencausándolo.

Esta notable construcción de la Corte Suprema obliga a un reconocimiento: estamos ante *una obra de ingeniería constitucional*, más allá de la relatividad de sus enunciados o de la incoherencia que puedan exhibir sus aplicaciones concretas. Es un *patrón* o *standard* muy *lato*, pero que está incuestionablemente al servicio del valor *justicia*, en manos del tribunal que se desempeña como intérprete final de nuestra Ley Suprema de la Nación.

Es la propia Corte Suprema la que ha dibujado el perfil de la gravedad institucional, al incluir en ese rubro:

- a) Cuestiones que afectan al orden institucional o el fondo de las instituciones nacionales, o las instituciones fundamentales que el Recurso Extraordinario tiende a tutelar.
- b) No alude a cualquier cosa o problema, sino a organizaciones *fundamentales del Estado, nación o sociedad*, que constituyen el ba-

samento sobre el que se asienta la misma, que se ven afectadas o perturbadas en el caso sometido a decisión.

- c) La gravedad o el interés institucional existe cuando lo resuelto *excede el interés individual de las partes* y atañe también a la *colectividad*; vulnera un principio institucional *básico* y la *conciencia de la comunidad*; o puede resultar frustratorio de derechos de naturaleza federal con perturbación de la prestación de servicios públicos.

Así, veamos, por ejemplo:

- 1) Cuando se ha excedido el ejercicio normal de las facultades impositivas y se cuestiona la validez intrínseca del reclamo del Fisco (apremios);
- 2) o lo decidido se proyecta en la necesaria y oportuna recaudación de la renta fiscal;
- 3) o en los legítimos intereses de la economía nacional;
- 4) o en caso de excepcional difusión y notoriedad alcanzada por el proceso.

XII. Tratemos ahora de resumir, a vuelo de pájaro, cuál es el significado constitucional de la gravedad institucional:

- 1.º Predominio del *interés general* versus el aldeanismo del mero caso doméstico.
- 2.º Reconocimiento de una *trascendencia institucional*.
- 3.º Evitar la *irreparabilidad* del daño o la *privación de justicia* (para ello hay que superar los «ápices procesales»).
- 4.º La *verdad jurídica objetiva* debe prevalecer sobre el mero rigorismo formal.
- 5.º Posibilita el rescate de *prioridades axiológicas* de valor arquitectónico: separación de poderes, derechos humanos, moral pública y credibilidad en el sistema.
- 6.º *Operativiza* cláusulas de derechos y protecciones constitucionales.
- 7.º Permite buscar y hallar un punto de equilibrio entre el *liberalismo* constitucional y el *democratismo* constitucional.

Así procede cuando el asunto compromete las instituciones *básicas* de la Nación o las instituciones *fundamentales* del país, porque excediendo el interés de las partes *se proyecta sobre la buena marcha de las instituciones*, por las *proyecciones* que hacia el futuro pueda tener la decisión que en definitiva recaiga.

Por el contrario:

- 1) *No hay gravedad institucional si de la solución del caso no puede desprenderse algún principio general que sirva para ser utilizado en problemas futuros de similar índole.*
- 2) *No basta la mera repercusión patrimonial de la cuestión a considerar.*
- 3) *No obstante la extraordinaria magnitud económica, es menester además que la situación exceda meros intereses particulares.*

La tesis restrictiva, superada dialécticamente, sostenía que:

- a) *No se pueden revisar pronunciamientos en los que no se ha resuelto cuestión federal alguna.*
- b) *No procede el asunto —aun de extrema gravedad— si no compromete la supremacía federal garantizada por el artículo 31 de la Constitución Nacional.*

El valor supremo en que se asienta el instituto de la gravedad institucional, que lo justifica y que lo fundamenta en Derecho, es, sin duda alguna, la búsqueda incesante de *un Estado de Justicia y con Justicia*.

Se ha creado este remedio, con la finalidad evidente de que a la imposición del ritualismo formal se anteponga la vigencia de los derechos subjetivos o la preservación de los cimientos constitucionales de la República. O sea, que cede el formalismo, que actúa la jurisdicción Suprema y que se asegura así la *justicia*.

En la duda, hay que estar a favor de la intervención de la Corte Suprema, ya sea por la vía de la gravedad institucional, que ante el riesgo es *una instancia más de revisión Extraordinaria*; o en su caso a través del «per saltum», que ante la conmoción es *la pronta intervención de la Corte como Poder de Estado*.

XIII. Ese es el fin querido por la Corte, interpretando a la sociedad. ¿Qué busca salvar o defender la Corte Suprema por esas vías? Hay dos respuestas posibles: ¿creencias subjetivas?; creemos que no (son meras discrepancias); o bien *valores preeminentes*: creemos que sí (son objetivos y no subjetivos). En esta hipótesis, la Corte Suprema se coloca en el terreno de la *defensa de instituciones*, aunque admito que la Corte puede correr el riesgo de confundirse en las situaciones [ejemplo: casos Riveros de Pacheco y caso Fernández (1976) s/seguridad social y matrimonio].

Por un lado, hay un derecho «colectivo» (de la sociedad) a que se manifieste el control y a que actúe la jurisdicción Suprema, pese a los escollos del ritual formal o procesal.

Por otra parte, es un derecho público subjetivo a la garantía de la *eficacia* del control.

La gravedad institucional es un correctivo en la técnica instrumental del control para asegurar *la eficiencia* del sistema de revisión judicial en aras de la supremacía constitucional.

La Corte Suprema ha prestado un servicio de justicia a la *justicia*. Está entre los *poderes implícitos* de la Corte Suprema la facultad de creación pretoriana (el llamado Derecho Judicial) orientada al establecimiento de grandes herramientas para alcanzar la plena *efectividad* del Derecho.

En definitiva, estamos con lo que sostuvo Rudolf von Ihering: «¡Que el Derecho se realice!» (citado por la Corte en el caso Pérez de Smith), en su inmortal obra *La lucha por el Derecho*. O sea, que la función del Derecho, en general, es la de realizarse: lo que no es «realizable» nunca podrá ser Derecho.

Por ello es que hay que reconocer a la Corte Suprema los medios necesarios para que pueda ejercer su específica función jurisdiccional «resolviendo con *la esencial efectividad* que exige el Derecho».

XIV. Podemos afirmar que en todas estas creaciones estamos asistiendo al ejercicio de *facultades implícitas* de la Corte Suprema:

En numerosas oportunidades la Corte ha considerado indispensable para lograr la plenitud del estado de Derecho, que es su deber «*poner en ejercicio los poderes implícitos que hacen a la salvaguarda de la eficacia de la función judicial*, principalmente en cuanto se refiere a la protección de los Derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional» (caso Pérez de Smith).

¿En qué se apoya esa potestad? Pues en... «la grave naturaleza de su función institucional como cabeza de uno de los Poderes del Estado...». La idea o preocupación obsesiva de la Corte Suprema es siempre la de evitar *una efectiva privación de justicia* (18-IV-77).

La Corte no reclama un privilegio. Apela a poderes que son inherentes a las potestades «supremas». También al Congreso y al Ejecutivo se le reconocen atribuciones implícitas. Ya en 1960 la Corte invocaba el ejercicio de «*facultades implícitas que son inherentes a todo poder estatal...*» (caso Bianchi c/D.G.I., 14-XI-60).

XV. Conclusión: El Congreso puede reglamentar las vías procesales, pero no podría dejar de lado el artículo 101, ya que la competencia *originaria* de la Corte no es ampliable ni reducible por la Ley del Congreso, y éste sólo puede crear «excepciones» en la competencia apelada.

La Corte Suprema misma ha sido muy pudorosa, declarando en varias ocasiones la inconstitucionalidad de normas que extendían la competencia

originaria. Así, en el caso Sojo (Fallos 32:125), como en otros (Fallos 162:80), expresó:

«De ambos textos resulta, si bien con mayor claridad en el texto argentino, que *el Congreso puede establecer excepciones y dictar reglamentos a la jurisdicción de apelación*, lo que importa decir distribuir la justicia entre los tribunales inferiores y la Corte que siempre es de apelación, con excepción de los casos en que la ley hubiese limitado el recurso o en que la jurisdicción es originaria y *exclusiva*, vocablo que no está en la Constitución americana y que hace más terminante el precepto si aún pudiera serlo más.

La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte no está sujeta a las excepciones que puede establecer el Congreso; limitada como lo está, no puede ser ampliada ni restringida ; *la que está sujeta a reglamentación es la jurisdicción apelada, que puede ser ampliada y restringida por la ley*, según la organización y reglamentación de los tribunales inferiores, tanto respecto de las cuestiones de hecho como de derecho»

Ergo, hay que respetar el reparto formulado en la propia Constitución; y al respecto dice la Corte Suprema:

«25.º ...Que tal atribución, que es por otra parte un derivado forzoso de *la separación de los poderes constituyentes y legislativo ordinario*, que hace la Constitución, y de la naturaleza esencialmente subordinada y limitada de este último...» (Fallos 33:162, caso Elorondo).

XVI. Por lo tanto, hay que distinguir:

- Gravedad institucional → es un género.
- Apelación «*per saltum*» → es la especie.

Haría falta una ley que viniera a protocolizar la existencia y el ejercicio de facultades implícitas.

La Corte siempre ha articulado sus diafragmas para operar bi-direccionalmente la recepción de las cuestiones en el terreno de su competencia. Ya sea:

- Obturando: al *sumar* exigencia de instancias [ej.: caso Strada 8-IV-86), requisito del «Superior Tribunal de la causa»):
- Permeabilizando: al *restar*:
 - exigencias → gravedad institucional
 - instancias → «*per saltum*»

Acá sí que actúa primigeniamente como Poder del Estado. La Corte —recordemos— no es un Tribunal creado por la Ley, sino establecido directamente por la Constitución Nacional.

XVII. Tenemos dos cuestiones en torno del «*per saltum*»:

- 1.º ¿La Corte procede de oficio? Podríamos creer que sí; toda vez que *no* se está creando un recurso personal nuevo; *ni* se reconoce la titularidad de una acción. Se puede pedir la avocación, pero ello no quiere decir que haya un derecho subjetivo a tal cosa.

En la doctrina, Mario Augusto Morello entiende que debe mediar un recurso contra una decisión de primera instancia y que la legitimación activa sólo debe corresponder al Ministerio Público, por lo que parece excluir la posibilidad de que la actuación de la Corte Suprema sea oficiosa.

En USA, es a *petición de cualquiera de las partes* («upon petition of any party in any civil or criminal case»); y cabe descartar la posibilidad, conocida en la teoría y práctica norteamericana, que la Corte pueda entender en un asunto *de oficio*, es decir, sin que se lo haya pedido una de las partes interesadas.

- 2.º ¿Debe mediar una *instancia inferior* al menos?; o sea: ¿puede haber «*saltum*» sin decisión de un juez *a quo*?

Queda la duda ante casos en que la cuestión sea *gravísima*.

Así, admite algunos casos Morello: juez que bloquea una negociación internacional; juez que descalifica la validez de la consulta popular (Beagle); ablación o trasplante de órganos; ingreso perentorio de un educando en el ciclo lectivo.

Para Germán Bidart Campos la avocación «por salto» y sin recurso de parte es viable, entonces, únicamente *después* de haber recaído en la causa por lo menos una decisión inferior sobre el fondo del asunto y, por supuesto, por razones de real apremio e interés institucional. Lo contrario configuraría una añadidura inconstitucional a las únicas causas de competencia originaria y exclusiva previstas en el artículo 101, hoy artículo 117 de la Constitución Nacional.

XVIII. ¿Y el principio constitucional del «*juez natural*»? Dice el artículo 18: «... ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de *los jueces designados por la Ley antes del hecho de la causa*». Algunos sostienen que:

- a) no se lesiona la ley anterior;
- b) no hay «comisión especial»;

- c) hay una jurisdicción preestablecida, y
- d) la competencia de la Corte preexiste al *caso*.

Veamos cómo son las cosas en la Suprema Corte de USA, cuando aparece el llamado «*certiorari per saltum*»:

- 1.º Es un instituto muy excepcional. La última vez fue en 1974, caso «United States vs. Nixon», con motivo del caso *Watergate*. Antes, en 1952, en el famoso caso «Youngstown Sheet and Tube Co.».
- 2.º Está reglado por las normas federales sobre procedimientos (Secciones 1254 y 2101) y en las «Reglas» de la Suprema Corte (17 y 18).
- 3.º El «*saltum*» consiste en saltar la instancia de apelación federal. O sea, que media al menos una «*sentencia*». No obstante ello, en el caso Nixon la Corte admitió una excepción, sosteniendo que la importancia del caso requería una atención *inmediata* de la Suprema Corte.

Fue una interpretación extensiva de su Regla 18, que admite cierta discrecionalidad al admitir el «*per saltum*» «...cuando la parte que lo peticona demuestre que el caso es de una importancia tal que justifique *saltearse* los pasos procesales normales y una atención inmediata de este Tribunal».

- 4.º Cuando la Suprema Corte lo concede, entonces expone sus fundamentos para destacar la importancia del caso. Pero cuando este Tribunal lo rechaza, entonces rara vez lo fundamenta.

Se ha querido ver un antecedente lejano en la Ley 50, artículo 223, que decía: «... Podrá también *a petición de todas las partes*, resolver sobre lo principal, aun cuando la apelación hubiere recaído sobre un incidente de la causa».

Pero hay que tener en cuenta:

- a) que hasta 1900 no existieron las Cámaras federales; y
- b) que esa ampliación de la jurisdicción apelada sólo se producía «a petición de *todas las partes*».

En resumen:

En el «*per saltum*», la apelación es de oficio, o a petición de parte o del Ministerio Público.

El Congreso tiene competencia para determinar qué se entiende por «apelación» y cómo puede ser ésta. No olvidemos que el artículo 101, hoy 117, señala —refiriéndose a los casos mencionados en el anterior— que:

«En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción *por apelación* según las reglas y *excepciones* que prescribe el Congreso...».

Por lo tanto, parecería que el Congreso podría establecer la apelación *de oficio*, habilitando a la Corte como juez de la apreciación de la «gravedad institucional» que justifica su intervención. Pero la mitad de la biblioteca puede sostener una cosa y la otra mitad puede avalar la tesis opuesta.

XIX. Vuelvo al principio: vivimos en la incertidumbre. La Ley de ampliación del número de jueces de la Corte modificó también el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y lo hizo en términos que aceptan también distinta interpretación. Pero, por lo menos, hay una base legal. Dice: «La Corte, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia» (Ley 23.774, artículo 2.º). Ésta es la base legal de la varita mágica para operar en materia de *certiorari*.

Pero la historia del *certiorari* es larga y previa a esta reforma del artículo 280. En Estados Unidos arranca desde el año 1925, la llamada Ley de los jueces —«The Judge Bill» (13-II-1925; véase Vanossi, *Teoría Constitucional*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 147 a 152)—, en que la Corte propició, ella misma, la creación de lo que podría llamarse «ampliar la órbita de la jurisdicción facultativa y restringir la órbita de la jurisdicción obligada».

En Estados Unidos había razones prácticas con base constitucional muy poderosas, porque el federalismo en este país —a diferencia del nuestro— retiene en la competencia de las provincias el dictado de las leyes de fondo (civil, comercial, penal, etc.). De modo que ese mosaico de cincuenta leyes diversas en cada materia, llevaba a la necesidad de tener algún resorte discrecional que permitiera en casos extremadamente delicados operar una suerte de «casación», es decir, de unificación interpretativa. Que no es el caso nuestro, donde, de todos modos, bien vendría —y yo lo propuse siendo legislador— crear un Tribunal Nacional de Casación no solamente para la materia penal como existe, sino para todas las materias, con una composición federal. Necesitamos un tribunal intermedio a efectos de resolver problemas de interpretación exclusivamente, y aliviar de esa manera a la Corte de la mayor parte de los casos que le llegan por el pabellón de la arbitrariedad.

Es una asignatura que está pendiente.

XX. En nuestro país el *certiorari* fue por primera vez proyecto legislativo a comienzos de la década del cuarenta, por parte del diputado Emi-

lio Hardoy (del 14-VI-1939; y en 1978 y 1980 insiste periódicamente), quien fuera un brillante diputado del Partido Conservador.

¿Hace falta una ley previa?

La Corte Suprema la gestionó en 1958; y así fue que el diputado O. López Serrot presentó el proyecto en 1959, que decía:

(Artículo 14, Ley 48) agregar:

«... la apelación sólo será otorgada cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios en que el recurso se funde tenga alcance institucional que exceda el mero interés personal del apelante».

El Congreso no tuvo en consideración ese proyecto, ni abordó el punto en el debate en el Senado en 1964 (frustrada reforma del Senador Fassi).

Mientras la mayoría acudió al «cliché», en el seno de la Corte Suprema, las posiciones estuvieron divididas. Se aplicó *certiorari* sin llamarlo *certiorari*, a partir del caso «Jorge Antonio» —que ya mencionamos— con resistencia por parte de algunos jueces que consideraban que sin una ley que lo autorizara el tribunal no podía por sí mismo modificar su jurisdicción. Fue el caso del doctor Luis María Boffi Boggero —uno de los grandes jueces que tuvo nuestra Corte Suprema—, que, en disidencia en los casos «Jorge Antonio» y «Basombrío», exigía el respaldo en una fórmula legislativa.

Cuando me tocó desempeñarme en el Poder Legislativo propuse incluir en el artículo 14 de la Ley 48, además de modificar los incisos ya existentes, dos párrafos que dijeran lo siguiente:

«La apelación sólo será otorgada cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios en que el recurso se fundamente tenga trascendencia institucional o general que exceda el mero interés personal del apelante; y no se otorgará cuando sean insustanciables las cuestiones planteadas por falta de un mínimo de agravio o por la inexistencia de razones que conduzcan a modificar una clara y reiterada jurisprudencia respecto de tales cuestiones.

De igual manera se procederá con los recursos directos deducidos en caso de denegación del recurso extraordinario, los que se desecharán de plano si de su texto no trasciende el alcance institucional o general de la decisión de los agravios en que la apelación se fundamenta. Pero en los casos de objetiva gravedad institucional, y siempre que media alguna de las cuestiones federales o constitucionales arriba previstas, la Corte Suprema podrá admitir el recurso aunque no se cumplan sus demás recaudos, si así lo estima necesario para evitar la frustración del derecho invocado».

XXI. Recordemos que en Estados Unidos para llegar a la instancia de la Suprema Corte hay dos vías:

- Recurso de *apelación* tradicional o «*appeal*».
- *Avocación por certiorari*: «*writ*» o mandamiento. Le confiere a la Corte una enorme potestad para la selección o rechazo de los casos a decidir.

La Corte determina los criterios *discrecionalmente* acerca de cuándo corresponde una u otra vía. En el caso del *certiorari* la petición es presentada *directamente ante la Suprema Corte*.

Pero, obviamente, si medimos cuantitativamente los casos que se presentan y los casos que se resuelven, las cifras son impresionantes e impactantes:

- 85 % de los casos que resuelve la Corte Suprema de USA son por la vía del *certiorari*.
- 15 % por apelación tradicional.

Además en USA el procedimiento —aun ante la Corte Suprema— es predominantemente oral y los votos de los jueces son generalmente individuales.

XXII. La crítica tendríamos que hacerla, en todo caso, a la versión «criolla», que es de una aplicación muy caprichosa.

El balance de estos diez años, que van del 90 hasta el comienzo del nuevo siglo, arroja el resultado de que se registren las más variadas hipótesis:

- La mayoría resuelve con el artículo 280, es decir, aplica el «sellito». No corresponde a la Corte intervenir, pero los disidentes discrepan con voto fundado. Hay una mayoría con base en el artículo 280, es decir, infundada, y una disidencia o varias disidencias fundadas a través de los votos.
- Otro grupo de hipótesis se da cuando la mayoría abre el recurso extraordinario, o sea, que considera que es procedente. Pero los disidentes optan por el artículo 280 con el «sellito».
- Otra hipótesis se da —parecida a la anterior— cuando la mayoría abre. Pero los disidentes cierran, no con el artículo 280, sino que cierran la vía extraordinaria con voto fundado, es decir, con largos fundamentos.

Como decía al comienzo, en este tema, con la Corte actual, no hay alineaciones permanentes o predecibles. Se cruzan, muchas veces, las opi-

niones de los ministros que componen lo que, normalmente y en la jerga, se llama «bloque mayoritario» con el «bloque minoritario».

XXIII. Palabras finales.

Pues, entonces, primera pregunta: ¿Cuál es la dirección que está siguiendo la Corte? ¿Cuál es la orientación, «lo indirizzo»?

No tengo respuesta.

Segunda pregunta: ¿Cuál es la política del *certiorari*? Así como ha habido una política de la arbitrariedad, una política de la gravedad institucional, ¿cuál es la política del *certiorari*? La Corte no ha abierto la boca.

No tengo respuesta.

Tercera pregunta: ¿Hay criterios técnicos de selección en materia de *certiorari*?

No tengo respuesta.

La Corte no ha dado precisiones al respecto. Hay un gran mutismo. Es decir, no ha hecho por vía de un *obiter dictum*, a mayor abundamiento y más allá de los fundamentos, una precisión doctrinaria respecto de la cuestión. Y esto la Corte lo ha hecho muchas veces en su historia, para clarificar ante los justiciables, para «dar letra» (expresión poco académica) respecto de cómo tienen que manejarse en el futuro. Les emite un «guiño», les da una señal, hay un signo respecto de cómo va a manejar determinado instituto procedimental. Aquí no lo ha hecho todavía.

Y es muy difícil responder a estas preguntas con una Corte compuesta por nueve jueces y en la que trabajan más de cien secretarios, letrados y judiciales en torno a estos temas.

Quiero aclarar que tuve oportunidad de ser secretario en una Corte que tenía siete jueces y todo el personal letrado de la Corte era de quince letrados. Ahora son alrededor de 176 (no tengo los datos actualizados). Y la Corte sigue atrasada. Por eso los argumentos del diputado Yoma, cuando fundó la ley en 1990, y se quiso justificar el aumento a nueve, fueron refutados y quedaron desmentidos por la realidad.

Los dos argumentos fueron: que la Corte estaba muy atrasada (y sigue atrasada); y que había mucha delegación de los jueces en los secretarios. Sigue habiendo delegación, no nos engañemos. No ofendo a nadie diciendo la verdad.

Por lo tanto, hay que volver a la Corte de cinco jueces. Incluso es más rápido, es más ágil que lo vean cinco que nueve. Es más rápido que trabajen veinte o treinta secretarios y no cerca de doscientos o más de cien. Va a ser más cómodo para todos y va a ser más seguro para los valores que queremos, de alguna manera, privilegiar.

XXIV. Y queda pendiente el gran interrogante final: ¿Qué es la Corte? Hemos preguntado alguna vez: ¿Tribunal o Poder? Y respondimos a ese interrogante: Tribunal y Poder.

En nuestro sistema es un Tribunal, el de mayor jerarquía. Intérprete final de la Constitución, según sus propias palabras. Y es también un Poder de Estado. Cabeza del Poder Judicial. Defensora del *paladium* de las libertades; o como también con propias palabras se ha definido: Tribunal de garantías constitucionales. Por lo tanto es realmente Tribunal y Poder de Estado. La respuesta estará dada por su actuación, que es algo versátil. O convengamos en que es algo desconcertante.

Y entonces cabe preguntar, y aquí viene la pregunta verdaderamente arcónica, es decir, fundamental:

¿La Corte actúa soberanamente?

Decimos que alguien es soberano, cuando no está sometido a control. La Corte controla a otros, pero ¿quién controla al control? Podría contestarse que hoy en día, con la incorporación a un sistema interamericano —que probablemente en el futuro pueda ser, incluso, mundial— aparecen cuartas y quintas instancias a nivel supranacional. Pero esto es la excepción y no la regla.

También se dice que alguien es soberano cuando no tiene límites. ¿Tiene la Corte límites sobre ella? ¿Hay por encima de ella algún límite? No. De modo que la Corte, en esta materia, nos guste o no nos guste, actúa soberanamente. Porque no tiene límites, no se pone límites y no está sujeta al control de otro órgano. Y si se pone límites, pues un fallo posterior modifica al anterior, de modo que lo que dice en 1999 puede cambiarlo en el 2001 y decir otra cosa distinta.

XXV. Mi conclusión en un tema tan escabroso es que, habiendo actuado en los cuatro lados del mostrador, no dos (en la *profesión*, casi cuarenta años de mi vida, en la *Corte* como secretario letrado, hace muchos años, y en la *doctrina* escribiendo sobre este tema y presentando algunos proyectos de *ley* en el Congreso):

Primero, creo que deberíamos dar más certidumbre al derecho federal adjetivo codificándolo por el legislador. Hay que ordenar y codificar el derecho procesal federal adjetivo. Hace falta una ley que dé a todo esto contextura, organicidad, coherencia y sistematización: consolidación.

¿Cuál es la razón? Muy sencilla: pues hace falta más seguridad jurídica. Esto hace a la seguridad jurídica, ya que este valor supremo no se limita a conocer las leyes de fondo. Se extiende también a la faz procedimental; sobre todo, cuando la faz procedimental es de creación pretoriana, judicial y no está legislada; pudiendo ser modificada por el simple hecho de que cambie la composición humana de un tribunal. Así, por ejemplo, ha acontecido con el efecto suspensivo o no suspensivo de la interposición del re-

curso extraordinario (*caso Daniela*, del 17-IV-1995, también llamado «caso Osswald»).

Hay que respetar la regla de la predictibilidad. Hoy está reconocido un espacio llamado Derecho Procesal Constitucional: es una asignatura, una materia. Y, obviamente, esto pertenece a ese espacio.

Por lo tanto, *primera conclusión*, el procedimiento también requiere un mínimo de certezas. Y no tenemos ese mínimo de certezas a mano.

Segunda conclusión: en la salvaguarda de la supremacía constitucional no hay diferencias entre el fondo y la forma. En materia de Constitución es tan importante el texto de un artículo, en su faz literal, en el significado de sus palabras, como una coma o un punto y coma. La forma vale tanto como el fondo. Por lo tanto, el procedimiento vale tanto como el fondo para la seguridad jurídica. No nos olvidemos de aquel afamado jurista, que siendo ministro del Interior inventó un punto y coma en el artículo 23 de la Constitución, para dar lugar a una interpretación que impidiera la salida del país —bajo el estado de sitio— ejerciendo el derecho de opción que el artículo 23 concede, a un ex presidente de la República. Me estoy refiriendo a un caso sucedido en la década del 30. Ese punto y coma, si existía o no existía, tenía una enorme importancia. No era una cuestión de forma, estaba en juego toda una concepción, respecto de la libertad personal, del estado de sitio y el derecho de opción.

Tercera y última conclusión. En definitiva, cumplir con la advertencia de ese gran jurista de origen alemán y hoy en día británico, miembro de la Cámara de los Lores, lord Dahrendorf, que cuando señala los requisitos básicos y fundamentales para poder decir, afirmar y sostener que vivimos en un estado de derecho; uno de los dos que señala es la necesidad de separar y emancipar a la justicia de los partidos políticos, de las luchas partidarias, de la política en el sentido «agonal» (como diría Aristóteles) del término. Todo eso en la Argentina todavía no lo hemos conseguido. O por lo menos no lo hemos conseguido en la dosis necesaria, como para decir que estamos satisfechos con nuestro precario estado de derecho.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

