

SOBRE LA COMPETENCIA DE LA SUPREMA CORTE ARGENTINA Y SU NECESARIA Y URGENTE MODIFICACION

Genaro R. Carrió

Centro de Estudios Institucionales
Argentina

I. INTRODUCCION

Cuando me embarqué en la tarea de escribir este ensayo pensé que en él iba a poder, con suerte, alcanzar dos objetivos principales. Primero, justificar por qué debe considerarse, sin vacilación, que la actual competencia de la Suprema Corte argentina necesita ser modificada con urgencia, objetivo que —pensé— no podría alcanzarse sin explicar sucinta pero claramente: *a)* cuál es la actual competencia de ese cuerpo jurisdiccional y cómo la ejerce; *b)* qué dificultades graves, tanto en el ámbito de tal competencia como en el de su forma de ejercerla, han surgido en la práctica; *c)* cómo y por qué se ha llegado al presente estado de cosas, consistente en que una competencia como ésta, así ejercida, crea tales problemas que se ha hecho necesario y urgente adoptar modificaciones encaminadas a resolverlos con prontitud, y *d)* en qué consisten aquellas enmiendas por introducir en la competencia y funcionamiento de la Corte, que, en una apreciación previa, se presentan como las más eficaces a los fines expresados.

El segundo objetivo fue sopesar o evaluar las referencias de hecho y consideraciones de derecho formuladas al perseguir el primero, con la intención de extraer de ellas una lección práctica concebiblemente útil para organismos jurisdiccionales de instancia suprema de otras comunidades, que se vean enfrentados con una situación como la que hoy afecta a nuestro más alto tribunal. La lección práctica sería incluso aprovechable para este último si, por inadvertencia o por la fuerza de los hechos, se volviese a encontrar en una situación semejante a la de nuestros días.

No sé en qué medida he conseguido alcanzar los objetivos descritos o, siquiera, parte de ellos. Es más, a veces he llegado a pensar, ante algunos problemas surgidos de dificultades en la exposición, que no son alcanzables dentro de los estrechos límites de un ensayo, o que sólo lo

serían al elevado precio de acumular, con muy poco rigor, simplificaciones excesivas y no pocas distorsiones.

De todos modos, creo que, alcanzados o no, es beneficioso enunciar esos objetivos aquí, en el capítulo inicial de este ensayo, para que el lector sepa desde un comienzo qué puede esperar de su lectura. Si anticipa que lo que viene no le interesará en medida suficiente, podrá abandonarla aquí mismo, sin albergar sentimientos de culpa justificados ni alentar, en alguna medida, la falsa expectativa de que vale la pena seguir leyendo, por si los desarrollos posteriores le resultan útiles o, al menos, le deparan algunos momentos de genuino placer intelectual.

Tras esta informativa y servicial introducción, es tiempo de entrar directamente en tema. De aquí en adelante, el lector no tendrá derecho a quejarse de lo que lea porque ya no es —no debería ser— un lector inadvertido o incauto.

II. EL CUMULO DE TRABAJO DE LA SUPREMA CORTE ARGENTINA

a) Desde hace varios decenios, la Suprema Corte de Justicia de la República Argentina está abrumada de trabajo. Sus cinco miembros —el número tradicional de sus integrantes, fijado por el Congreso— no pueden cumplir satisfactoriamente con los deberes propios de sus altísimos cargos. Se calcula que dicho tribunal resuelve anualmente alrededor de cinco mil casos, cifra que incluye a todos los distintos tipos de cuestiones judiciales sometidas a su decisión. A ellos hay que agregar algunas de superintendencia judicial y administrativa, las que, si bien por regla general son del resorte del Presidente del tribunal, pueden, en ciertos casos y según su naturaleza, requerir la intervención de los otros cuatro miembros. Sería ocioso detallar aquí los casos de excepción.

Para que el lector visualice, por decirlo así, lo que ese recargo de tareas significa en los hechos, basta quizá con decir que diariamente, o casi diariamente, recorren los pasillos del alto tribunal, y llegan hasta los despachos de los Ministros, vehículos de oficina de regular tamaño repletos de expedientes que aguardan la resolución de la Suprema Corte.

b) En relación con la enorme magnitud de tareas que inciden sobre el tribunal, es pertinente recordar que su homólogo estadounidense se concentra en conocer, en sentido propio o fuerte, unos trescientos casos por año. La enorme mayoría de los restantes que llegan a él, salvo los de jurisdicción apelada u obligatoria, son rechazados *in limine*, sin ninguna otra actividad procesal del tribunal o de los litigantes. Más adelante volveré sobre esto.

Esta referencia al derecho norteamericano es relevante por dos razones: 1) los constituyentes argentinos, al sancionar en 1853-1860 la Ley Fundamental del país, se inspiraron clara y confesadamente en el modelo norteamericano, no sólo en lo tocante a la adopción de un régimen republicano, representativo y federal de poderes limitados, sino

también —y eso es lo que nos interesa aquí— en lo concerniente a la creación de un poder judicial federal encabezado por una Suprema Corte¹, y 2) una de las primeras leyes dictadas por el Congreso argentino en los albores de la organización nacional —la ley 48, aún vigente²— reglamentó en detalle la organización y funciones de la Suprema Corte y siguió en ello muy de cerca el texto de la ley norteamericana sobre el mismo tema, dictada a fines del siglo XVIII³.

c) Volviendo al número de expedientes que, año judicial tras año judicial, llegan a decisión de la Corte, casi es innecesario decir que no todas las actuaciones versan sobre cuestiones arduas o difíciles. Por el contrario, muchas de ellas no incluyen problemas de este tipo, ya sea porque las pretensiones jurídicas que han motivado la elevación del expediente a la Corte son claramente admisibles u obviamente inadmisibles, ya porque los hechos en que procuran sustentarse no han sido suficientemente probados o bien se ha probado de manera suficiente su inexistencia.

Pero, aun así, para decidir que el recurso debe en definitiva admitirse o rechazarse hay que leer sin distracciones el expediente, lo que, como es natural, lleva su tiempo. También lo lleva proyectar y redactar la resolución que —así lo esperan las partes— pondrá fin al caso, por sencillo que sea. Aquí se debe destacar que la Corte Suprema argentina, desde sus inicios y hasta ahora, ha venido actuando con arreglo al principio de que debe fundar de manera explícita y suficiente todas sus decisiones.

Sin embargo, se dirá, hay muchos casos obviamente inadmisibles que la Corte, de ordinario, rechaza mediante el uso de fórmulas estereotipadas. Eso es cierto, cabe responder, pero la decisión acerca de si se puede emplear o no la fórmula simple requiere una apreciación deteni-

¹ Artículo 3 de la Constitución de Estados Unidos.

Sección I: El Poder Judicial de los Estados Unidos será atribuido a una Corte Suprema y a tantos tribunales inferiores como el Congreso decidiere autorizar y establecer. Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los tribunales inferiores, conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán, en plazos fijos, una compensación por sus servicios que no podrá ser disminuida mientras permanezcan en sus funciones.

Sección II: Corresponde al Poder Judicial aplicar el derecho positivo y los principios de justicia, en todas las causas que versaren sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de los Estados Unidos y por los tratados hechos o que fueren hechos bajo su autoridad; de todas las causas del almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más Estados; entre un Estado y los vecinos de otro; entre los vecinos de diferentes Estados; y entre ciudadanos del mismo Estado que demandaren tierras concedidas por diferentes Estados; y entre una provincia, o sus vecinos, contra un Estado o un ciudadano extranjero.

En todos los casos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción ordinaria. En todos los casos mencionados anteriormente, la Corte Suprema ejercerá jurisdicción por apelación, según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.

² La ley 48 fue promulgada el 14-9-1863 y publicada en RN 1863-1869, p. 49, y ADLA 1852-1880, p. 264.

³ *Judiciary Act*, de 1789.

da del expediente para ver si no hay en él algún elemento o ingrediente —de hecho o de derecho— que excluya el uso liso y llano de aquélla y requiera alguna fundamentación *ad hoc*. Esta apreciación detenida, por simple que sea el caso, también lleva su tiempo.

d) Si bien hay muchos casos sencillos, entre los que se hallan los que son decididos mediante el uso de fórmulas estereotipadas, hay muchos otros que plantean espinosas cuestiones de derecho y/o complejas dificultades de hecho y que por ello no admiten el uso de fórmulas. Un número importante de las actuaciones respectivas da lugar a expedientes muy voluminosos, a punto tal que una primera lectura o examen inicial de ellos, para saber en líneas generales en qué consiste el litigio, puede llegar a insumir, según sea el tamaño del expediente, esto es, el número de sus cuerpos y el de sus agregados, un lapso de varios días o aun de una o más semanas.

III. ¿COMO HACE LA CORTE SUPREMA PARA CUMPLIR SU INGENTE TAREA?

a) Ahora bien, puesto que no todos los casos son sencillos, sino que, por el contrario, muchos presentan cuestiones difíciles, ¿cómo se las arregla la Suprema Corte argentina para conocer de todos los casos sometidos a su decisión y resolverlos mediante sentencias debidamente fundadas?

El intento de responder a esta pregunta pone de manifiesto dos graves defectos que suelen presentarse en cualquier órgano jurisdiccional colegiado con mucho trabajo, pero que son ciertamente mayores si ese órgano tiene carácter supremo en la comunidad. Esto es, si sus decisiones son definitivas o, mejor dicho, necesariamente irreversibles. Tal es el caso de la Corte Suprema argentina.

b) El primer defecto es que ese tribunal se toma todo el tiempo que considera necesario para arribar a una convicción fundada respecto de cómo resolver los casos en que le corresponde intervenir.

En el ordenamiento jurídico federal argentino no hay norma alguna que obligue a la Corte Suprema a expedirse dentro de determinado plazo. Si el caso es sencillo será resuelto en un tiempo relativamente breve. Si no lo es, la solución puede demorar años. Los pedidos de «pronto despacho» que ingenuamente formulan los litigantes afectados por la demora, por lo común reciben como respuesta un lacónico «téngase presente». Esta reacción será exactamente la misma, en la mayoría de los casos, si la comprensible impaciencia de la parte interesada la lleva a reiterar tiempo después, incluso con fundamentos complementarios o aun distintos, su pedido inicial de pronto despacho.

El hecho de que la Corte no esté limitada por plazos para fallar explica en parte la gran dilación con que generalmente dicta sus sentencias. Tal dilación, a su vez, es consecuencia del enorme número de litigios

que tiene que decidir y, también, causa de que dicho número sea cada vez mayor, por cuanto mientras se dilata la decisión de los expedientes «viejos» siguen entrando diariamente casos nuevos.

c) El segundo defecto que se hace patente cuando uno intenta responder a la pregunta acerca de cómo se las arregla la Corte para decidir los miles de casos que anualmente decide es el siguiente. En la Corte hay un grado ciertamente alto de delegación, no toda ella censurable, consecuencia de la necesidad de hecho que enfrenta el tribunal de resolver el mayor número posible de casos año judicial tras año judicial, para no verse totalmente desbordado por los expedientes y no encontrar su labor empantanada.

Además de los Secretarios del tribunal, cuyo número asciende hoy a seis, y que tienen a su vez colaboradores letrados o Prosecretarios, caña Ministro está asistido por dos o tres Relatores. Estos son abogados, expertos en una u otra rama del derecho; trabajan en forma prácticamente exclusiva para el Ministro de quien dependen.

Todos estos asesores de la Corte (Secretarios, Prosecretarios, Relatores) son funcionarios judiciales de dedicación total y exclusiva; a su vez, cuentan con el concurso de personal letrado de menor jerarquía.

La existencia de esa importante planta de funcionarios de la Corte hace posible que, en la generalidad de los casos, los expedientes lleguen a conocimiento de los Ministros acompañados de un borrador o primer proyecto que, de aceptarse por la Corte, pondrá fin al caso.

Hay Ministros laboriosos, con gran experiencia y capacidad de trabajo, que por conocer bien su oficio comprenden de manera rápida el nudo del problema o problemas centrales que cada expediente plantea, así como perciben rápidamente cuáles son sus posibles soluciones razonables. Ellos están en condiciones de examinar con aceptable presteza el primer proyecto, cotejar la solución sugerida en él con las constancias del expediente y formarse así juicio sobre dicho proyecto sin mayor demora.

Si hay algo en el proyecto que un Ministro de las condiciones indicadas no ve claro, suele llamar al autor de aquél para hacerle las observaciones o pedirle las aclaraciones o informaciones del caso. De allí puede resultar un proyecto modificado en mayor o menor medida o incluso uno totalmente nuevo. La delegación involucrada hasta aquí no tiene nada de censurable.

Como es fácil de comprender —y ello sucede en una buena cantidad de órganos jurisdiccionales colegiados, en la Argentina y fuera de ella—, no todos los Ministros de la Corte reúnen las condiciones indicadas más arriba. Por razones de avanzada edad, mala salud, serias preocupaciones personales o familiares, fatiga causada por excesivos años de trabajo, cansancio moral, falta de conocimiento actualizado de las reglas aplicables a casos de este o aquel tipo, etc., un Ministro puede no hallarse en condiciones de evaluar correctamente y dentro de un lapso razonable los méritos del proyecto. Cuando ello ocurre y, además, el Ministro afectado por una o más de las limitaciones indicadas está, a causa de

ellas, considerablemente retrasado en emitir su voto en un número importante de casos y/o, por añadidura, tiene fundada confianza en la idoneidad y decencia de quien redactó el proyecto, es comprensible que ese Ministro pueda sentirse tentado a adherir a dicho borrador sin el indispensable examen serio del mismo, examen que supone el de los elementos de juicio que deben darle adecuado sustento. Por todo o parte de esto, el Ministro firma lisa y llanamente, a ciegas, el proyecto hecho por un subordinado.

Esto configura una delegación que, por ser excesiva, comporta el defecto a que me estoy refiriendo. Hay, como opuesta a ella, una delegación justificable que, lejos de llevar a sustituir la decisión de los Ministros de la Corte, le da el necesario apoyo o apuntalamiento. Consiste básicamente en la búsqueda de antecedentes de diverso tipo y también, lo que es muy importante, en el intercambio de ideas entre los Relatores y de éstos con el Ministro, en torno de las que éste se va formando opinión sobre la posible solución del caso.

La delegación censurable, consecuencia del enorme número de expedientes, conduce, sin duda, a que éstos se resuelvan con mayor rapidez de lo que ocurriría si aquélla no existiera. Pero aunque, en consecuencia, se pueda ver en estas prácticas un beneficioso factor de aceleración en el dictado de los pronunciamientos, esa aparente ventaja no es en sí algo deseable. No lo es en la medida en que conlleva un desplazamiento oculto e inválido de actividad jurisdiccional, e incluso puede llegar a constituirse en un factor de incremento de errores judiciales.

d) En los dos puntos anteriores he querido explicar de qué manera consigue la Corte, bien o mal, enfrentar el hecho inquietante de los varios miles de expedientes anuales. En el presente me referiré a otro hecho que, de manera clara, constituye un obstáculo para que los esfuerzos más arduos de los Ministros de la Corte laboriosos y dedicados hagan que la Corte alcance un aceptable nivel de celeridad. Ese hecho —que tocaré muy al pasar— es el tradicional método de trabajo del cuerpo.

Los casos que llegan a la Corte pueden dividirse, de manera tosca, en dos categorías: por un lado, los de índole estrictamente reservada, que por ello deben ser tratados y resueltos con la mayor discreción; por el otro, todos los restantes.

Los primeros, como regla, son examinados sólo por los Ministros. Lo más corriente es que el Presidente del cuerpo encomiende a uno de sus colegas, al que considere más versado en el tema de la litis, la preparación de un primer borrador que, luego de discutido y enmendado en la reunión plenaria de los cinco Ministros, es, con eventuales modificaciones, aprobado por el tribunal. Esto supone, por cierto, que todos los Ministros, y no sólo el redactor del borrador, han tenido oportunidad de examinar debidamente las actuaciones.

Para los casos no estrictamente reservados, que, por supuesto, constituyen la inmensa mayoría, el procedimiento que se sigue en la Corte a fin de decidirlos, descrito de manera sucinta, es algo así como el

siguiente. Las distintas actuaciones son distribuidas entre los Ministros según su grado de especialización en el tipo de cuestión debatida. Como dije ya, dichas actuaciones le llegan al Ministro con un borrador de proyecto de decisión confeccionado por un Secretario, Relator o Prosecretario. El Ministro estudia el borrador y, en su caso, le formula por escrito las observaciones o le introduce las modificaciones que considere pertinentes. Puede incluso redactar un proyecto paralelo totalmente distinto. El proyecto así aceptado, modificado o sustituido pasa al próximo Ministro, quien está facultado a actuar como el primero. El desplazamiento circular, por llamarlo así, de las actuaciones y del proyecto o proyectos continúa dando las vueltas que sean necesarias, hasta que una solución obtiene la coincidencia de tres Ministros al menos. Cuando ello ocurre puede considerarse que la Corte ha decidido el caso por haber coincidido en la decisión la mayoría de sus miembros. Los de la minoría pueden suscribir un voto disidente o abstenerse de firmar.

Una observancia estricta de este método tradicional de la Corte puede llevar como regla a que el cuerpo se mueva con la rapidez del más lento de sus miembros.

IV. JURISDICCIONES O COMPETENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

En el capítulo II hice una breve referencia al impresionante número de decisiones que durante cada año judicial, y en los últimos tiempos, viene dictando la Suprema Corte argentina. En el capítulo III procuré explicar cómo es posible que el tribunal cumpla con esa tarea ciclópea que, no cabe duda, excede de lo que pueden hacer sus cinco miembros, incluso con el apoyo de sus colaboradores en un contexto de delegación no censurable.

A esta altura de la exposición tendré que referirme, de manera breve, a algo que quizá debí haber tratado antes: cuáles son las fuentes, por decirlo así, que proveen de casos a la Suprema Corte a fin de que ésta les dé solución definitiva. Debo clarificar eso aquí porque, de lo contrario, no se entendería lo que trataré de explicar en el capítulo siguiente. A saber, cuáles son las principales causas, menos generales que las enunciadas hasta ahora, que gravitan decisivamente para que la Corte se vea agobiada de trabajo.

Como es sabido, la Argentina es una República federal. La Constitución nacional, las leyes dictadas por el Congreso con arreglo a ella, los decretos del Presidente de la República dictados sin transgredir la Constitución y las leyes y, por último, las resoluciones ministeriales sujetas a la misma condición, son todas normas federales. En caso de conflicto, ellas prevalecen sobre las normas dictadas por las provincias. Estas últimas, también es sabido, son las unidades autónomas que conforman el sistema federal argentino.

La Constitución nacional prevalece también sobre toda otra norma federal que no se adecue a ella. En el orden federal existe una orden de prelación o jerarquía normativa en cuya cúspide está la Constitución;

siguen luego las leyes y los tratados internacionales; continúan los decretos del Poder Ejecutivo, y en cuya base están las resoluciones de los Ministros de este último poder. La falta de correspondencia entre normas de rango superior y de rango inferior comporta la invalidez de las segundas.

La Constitución acota ámbitos de competencia entre el gobierno central (la Nación) y los gobiernos locales (las provincias). Según la ortodoxia constitucional del federalismo argentino, todo poder que las provincias no hayan delegado en la Constitución al gobierno central es del resorte de las primeras.

La Constitución acota también ámbitos de competencia entre los tres poderes del gobierno central: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. La ortodoxia constitucional dice aquí que los dos primeros crean las normas que el tercero simplemente aplica. Los integrantes de los dos primeros son elegidos inmediata o mediatamente por el pueblo. Los del último son designados por el Poder Ejecutivo de acuerdo con el Senado.

A la cabeza del Poder Judicial de la Nación argentina se encuentra la Suprema Corte de Justicia. Para decirlo en dos palabras, este órgano tiene como misión básica velar por la supremacía de la Constitución nacional y de las normas federales dictadas en concordancia con ella.

La Suprema Corte argentina no puede ser caracterizada en modo alguno como un tribunal de tercera instancia, pues en la mayoría de los casos ejerce una jurisdicción excepcional o, mejor dicho, extraordinaria. Sólo en un limitado número de casos interviene como órgano jurisdiccional de tercera instancia y, en uno menor aún, como órgano de instancia única. Quizá se vea mejor la órbita completa de actuación judicial de la Corte caracterizando sus tres jurisdicciones del modo siguiente, que es el usual:

— Jurisdicción apelada: El tribunal la ejerce en aquellos casos en que la nación sea parte y superen un monto mínimo que el Poder Legislativo fija y actualiza. No incide significativamente en el recargo de tareas de la Corte.

— Jurisdicción originaria: Es ejercida por la Corte actuando como tribunal de instancia única. Los muy pocos supuestos en que esta jurisdicción es procedente están fijados en la Constitución nacional. Por ejemplo, las causas civiles, por oposición a las de derecho público, en que sea parte una provincia. Tampoco incide mayormente en el recargo de trabajo de la Corte.

— Por último, aunque no «de última», está la jurisdicción extraordinaria. Se trata de aquella que permite al Alto Tribunal ejercer su función principal de custodiar la vigencia de la Constitución nacional y demás normas federales dictadas en consonancia con ella. Esta es, sin duda alguna, y por razones especiales que se verán más adelante, la jurisdicción que más incide sobre el recargo de tareas que padece la Suprema Corte. Con otras palabras, es la puerta de acceso más importante que el derecho público argentino abre a los litigantes para permitirles llevar

sus casos a decisión del más alto tribunal del país. El remedio federal para alcanzar dicho objetivo se conoce como recurso extraordinario.

A fin de que esta jurisdicción extraordinaria sea procedente, esto es, para que la Corte se encuentre habilitada a pronunciarse en un caso en que dicha jurisdicción está en juego, deben satisfacerse una serie de requisitos. Aquí mencionaré los más importantes:

– Que haya en el caso una cuestión federal debidamente planteada y oportunamente mantenida en la causa. Al concluir esta lista parcial de requisitos indicaré qué significa esto de «cuestión federal».

– Que el pronunciamiento cuya revisión se pretende sea definitivo y emane del Superior Tribunal de la causa.

– Que esa decisión haya sido adversa a la parte que la ha impugnado ante la Corte.

– Que el recurso extraordinario haya sido interpuesto dentro del término legal.

– Por último, que el escrito de interposición del recurso se baste a sí mismo, esto es, que haya sido redactado de modo tal que la Corte, con su sola lectura, pueda decidir si el recurso es o no procedente.

Aclararé ahora qué quiere decir «cuestión federal». La jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema argentina se apoya en esa noción pivote, la de «cuestión federal», tal como ha sido definida en los artículos 14 y 15 de la ya citada ley 48 y enriquecida durante más de ciento treinta años de jurisprudencia de la Corte. Que haya en el caso una cuestión federal es condición necesaria para que la Corte conozca de él, sea para dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado, sea para rechazar el recurso. Es condición necesaria, pero no suficiente, como muestra la lista de requisitos enunciada un poco más arriba.

¿Cuándo hay una cuestión federal según los términos de la ley 48? Pasaré a resumir los supuestos que prevé la ley, pero no sin advertir que durante la más que secular jurisprudencia de la Corte, ésta ha venido explicitando y aun enriqueciendo los textos legislativos iniciales que acabo de mencionar y que a continuación sintetizaré.

El artículo 14 de la ley 48 establece, en síntesis, lo siguiente:

– Toda causa de jurisdicción provincial debe iniciarse y concluir ante los tribunales de la provincia de que se trate.

– Esa regla contiene tres excepciones con arreglo a las cuales, y una vez agotada la jurisdicción provincial, puede llevarse una causa de esa jurisdicción a decisión de la Suprema Corte. La vía para alcanzar ese resultado, como dije, es conocida como recurso extraordinario. Esas tres excepciones (los tres incisos del artículo 14 de la ley 48) son, expuestas de manera abreviada, las siguientes:

a) Si en el pleito se ha cuestionado la validez de un acto federal (de una ley del Congreso, de un tratado o de una autoridad ejercida en nombre de la nación) y la decisión ha sido contraria a esa validez.

b) Si en el pleito se ha cuestionado la validez de un acto local (una

ley o un decreto provincial o un acto de una autoridad provincial) bajo la tacha de ser repugnante a la Constitución nacional, a las leyes federales o a los tratados suscritos por la nación, y la decisión ha sido favorable a la validez del primero.

c) Y, por último, si se ha cuestionado la inteligencia de una cláusula de la Constitución nacional, de una ley federal o de un tratado, etc., y la decisión ha sido contraria a la validez del título, derecho o privilegio que se funda en dicha cláusula y ha sido materia de litigio.

Como complemento de lo que dispone el artículo 14, el artículo 15 de la ley 48 reza que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos de fondo no dará lugar al recurso del artículo 14 (el recurso extraordinario) por el hecho de que esos códigos sean leyes del Congreso.

De esa manera, mediante los artículos 14 y 15, la ley 48 delimita el ámbito del recurso extraordinario.

Cabe añadir, por razones de precisión o, mejor aún, de completitud, que a comienzos de este siglo, mediante la ley 4055, el Congreso extendió el campo del recurso extraordinario —hasta entonces sólo utilizable para atacar decisiones de superiores tribunales de provincia—, estableciendo que también fueran revisables por su intermedio los fallos de las Cámaras federales y de los Superiores Tribunales Militares.

Unos párrafos más arriba hablé de los códigos de fondo como conjuntos de normas que, al igual que las provinciales, son preceptos cuya interpretación no puede ser revisada por la vía del recurso extraordinario.

Pienso ahora que para una mejor inteligencia de lo allí expuesto, y aun a riesgo de ser reiterativo, debo insistir en lo concerniente a los distintos tipos de normas con vigencia en todo el territorio argentino o en parte de él, a la relación que se da entre ellas y, en lo indispensable, con los distintos tipos de tribunales que hay en el país. Terminaré este capítulo refiriéndome muy sucintamente a ese punto.

En cuanto país federal, en la Argentina existen normas federales (o centrales) y normas provinciales (o locales), todo ello con arreglo a la distribución de competencias contenida en la Constitución nacional. Pero la historia no concluye allí; hay un tercer tipo de normas que no son totalmente federales, por decirlo así, ni totalmente provinciales. Esta tercera categoría está integrada por una breve nómina de conjuntos de normas de gran importancia para la vida cotidiana de los habitantes del país. Son las llamadas normas de derecho común y están constituidas por los códigos de fondo (civil, comercial, penal y de minas), así como por la legislación laboral y la previsional.

Estas normas de derecho común tienen un carácter en cierto modo híbrido. Si bien son sancionadas por el Congreso de la nación, y sólo por él (art. 67, inc. 11, CN), su aplicación en el territorio de las provincias compete a los tribunales locales, y sólo a ellos. Al igual que las normas auténticamente federales sólo son dictadas por el Congreso, pero al

igual que las normas locales como regla son sólo aplicadas por los tribunales de provincia.

Cuando el artículo 15 de la ley 48 excluye la interpretación de los códigos de fondo del ámbito de vigencia del recurso extraordinario, no hace sino acatar lo dispuesto por el artículo 67, inciso 11, CN, que equipara a esas normas nacionales (por su origen) con las provinciales (las dictadas por los órganos legisferantes de ellas, cuyos jueces son los únicos que en principio tienen jurisdicción para interpretarlas y aplicarlas).

La existencia de esa tercera clase de normas, de las que quizá puede decirse que, paradójicamente, no son totalmente federales ni totalmente locales, es una peculiaridad de la Constitución argentina si se la compara con el modelo de la norteamericana.

El dictado y la aplicación jurisdiccional de las normas norteamericanas equivalentes a las de nuestra legislación común corresponden, úno y otra, a los Estados de la Unión.

Ya muy cerca del final de este capítulo diré que, según la inteligencia tradicionalmente dada por la Corte a la ley 48, no sólo la aplicación de las normas locales y de las integrantes del derecho común quedaban excluidas del radio de acción del recurso extraordinario. También quedaban excluidas las cuestiones de hecho.

En el próximo capítulo podremos ver de qué manera la jurisprudencia de la Suprema Corte argentina ha venido erosionando el texto de los artículos 14 y 15 de la ley 48, con el resultado de que el área de aplicación del recurso extraordinario regulado en ellos ha experimentado una considerable expansión. Puede decirse, y luego se verá la razón de ello, que una de esas extensiones es considerada por muchos juristas y magistrados como la causa principal, o en todo caso como una de las principales, del notable incremento de la cantidad de expedientes que en las últimas décadas han llegado y siguen llegando a la decisión de la Corte.

V. CAUSAS ESPECIALES DEL RECARGO DE TAREAS DE LA CORTE

En los capítulos anteriores mencioné algunas de las causas generales que han producido el incremento de tareas de la Corte: v. gr., su lento método tradicional de trabajo. En éste me ocuparé de aquellas causas menos generales que explican ese incremento. ¿A qué se debe dicho fenómeno?

Hay algunas causas que no examinaré aquí y que son en cierto modo obvias. Por ejemplo, el creciente número de litigios, fruto del crecimiento de la población del país y, además, quizá, una mayor belicosidad judicial, por decirlo así, en el seno de esa mayor población y que lleva a que se litigue mucho más. Otra causa obvia es la sanción de nuevas leyes que pueden haber extendido la intervención de la Corte a supuestos que antes le eran ajenos, etc.

Esas causas obvias han tenido su gravitación, quién puede negarlo, en el fenómeno subexamen. Sin embargo, a esta altura de la evolución

del fenómeno no cabe duda de que, en lo principal, el mismo es el resultado directo o indirecto, aunque quizá parezca paradójal o insólito, de decisiones o familia de decisiones de la propia Corte; de fallos de ésta que han sentado jurisprudencia y han ampliado así, deliberadamente o no, los tipos o categorías de casos que pueden ser llevados al tribunal y provocar la decisión favorable o desfavorable de éste.

En el presente capítulo me ocuparé principalmente de dos —sin perjuicio de examinar una tercera— de esas extensiones jurisprudenciales, ya bien consolidadas, de la órbita de acción de la Corte. En presencia de ellas se suele hablar de creaciones pretorianas del Alto Tribunal.

La primera es conocida como «recurso extraordinario por sentencia arbitraria» (o «recurso por arbitrariedad», o bien como «doctrina de la arbitrariedad»).

La segunda es conocida como «doctrina de la gravedad institucional».

Empezaré por la primera, no sólo porque apareció antes que la otra y es la más interesante desde un punto de vista teórico-práctico, sino y de modo principal porque por sí sola ha contribuido y contribuye decisivamente al altísimo número de casos (ocho) que anualmente decide la Corte.

A) *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*

1. Ya he señalado que el remedio del epígrafe constituye una extensión pretoriana, es decir, originada en fallos de la propia Corte, del antiguo recurso extraordinario de los artículos 14 y 15 de la ley 48. Ya sabemos cuáles son los alcances que a ese recurso le asignaba una interpretación estricta de dichos preceptos, interpretación que era la de la Corte hasta que tuvo lugar la expansión aludida.

Hoy, en cambio, puede afirmarse, sin temor a errar, que esa extensión pretoriana echó a andar con paso firme a partir del último trimestre de 1955. Con escasa base normativa y un minúsculo apoyo en muy pocos precedentes en que la doctrina de la arbitrariedad —todavía no se hablaba así— se había aplicado de manera afirmativa, esto es, para descalificar efectivamente un fallo, la Corte fue ampliando gradualmente, sin retrocesos, la noción de «cuestión federal» en el contexto del recurso extraordinario, hasta incluir en ella la presencia de arbitrariedad en los fallos recurridos. De tal modo, la Corte permitió que dicha noción, así ampliada, fuese cubriendo poco a poco supuestos no comprendidos en la interpretación tradicional dada por la Corte a los tres incisos del artículo 14 de la ley 48, resumidos más arriba.

2. La historia sería larga de narrar aquí y no creo que el relato detallado mejoraría en mucho la comprensión del problema.

Baste decir, pues, que a partir del caso *Rey vs. Rocha* (diciembre de 1909), la Corte comenzó a sostener que el requisito de que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia fundada en ley

da lugar a recurso ante el tribunal en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal y fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces y no simplemente de interpretación errónea de leyes a juicio de los litigantes. La cita es casi textual. La aserción fue hecha *obiter dictum*, ya que en la emergencia el recurso no prosperó.

Así, como *obiter dicta*, el principio de descalificación de sentencias arbitrarias siguió siendo enunciado a lo largo de treinta años, durante los cuales la Corte no encontró, no creyó encontrar o no le fue planteado ningún caso que, a su entender, justificara aplicar afirmativamente dicho principio para descalificar, por aplicación de él, un fallo llegado a conocimiento y decisión del Alto Tribunal.

Ello sólo ocurrió en septiembre de 1939, cuando la Corte tuvo que decidir el caso *Storani de Boidanich*. Allí, un tribunal de alzada había dejado sin efecto (o, mejor dicho, pretendido hacerlo) una sentencia propia basada en autoridad de cosa juzgada⁴.

El uso de la herramienta de descalificación «sentencia arbitraria» fue, en los años que sucedieron al dictado del fallo recaído en *Storani*, muy escaso y errático, hasta fines de 1955. En ese ínterin es muy difícil hallar fundamentos claros de derecho y de hecho en los muy pocos casos de aplicación afirmativa de la doctrina de la arbitrariedad.

Es más, frente a algunos de ellos, el estudioso no puede evitar formarse la impresión de que las respectivas decisiones de la Corte respondieron más bien a motivaciones políticas que a razones y consideraciones de carácter jurídico-constitucional.

Cuando el tribunal se decidió a emplear de manera regular y con aceptable coherencia esa herramienta (lo que, según vimos, ocurrió a fines de 1955), la empleó, a veces con apoyo explícito, pero más con apoyo implícito, en la garantía de la defensa en juicio consagrada en el artículo 18 de la Constitución nacional o, si la lesión del agraviado por el fallo anómalo había sido de naturaleza patrimonial, también en el derecho constitucional de propiedad (arts. 14 y 17 CN).

3. La Corte comenzó a descalificar como fallos arbitrarios a aquellos pronunciamientos que, a su juicio, tenían de fallos sólo el nombre, ya por carecer de verdadera fundamentación normativa, ya por dejar a un lado las normas claramente aplicables al caso, ya por apartarse de los hechos probados en la causa, ya por presentar otros vicios emparentados con los que acabo de mencionar e igualmente graves.

De manera reiterada, el tribunal sostuvo que tales decisiones no eran en verdad decisiones judiciales por cuanto no tenían otros «fundamentos» que la voluntad de quienes los habían suscrito.

4. Con el correr de los años y el aumento de las decisiones descalificadoras de la Corte, llegó a hacerse posible construir una lista no cerrada de tipos de sentencias arbitrarias, extrapolada a partir de una gran cantidad de pronunciamientos del Alto Tribunal. Esa lista, se ha sosteni-

⁴ *Storani de Boidanich*, Fallos, 184: 137. Véase mi libro *Recurso Extraordinario por sentencia arbitraria*, Ed. Abeledo Perrot, pp. 34-35, nota 9.

do, estaba apoyada en la múltiple y heterogénea variedad de vicios (las «causales de arbitrariedad») que, según la Corte, justifican dejar sin efecto una decisión por ser arbitraria. Tal lista, se ha afirmado, puede presentarse en la forma de una clasificación abierta y en buena medida útil.

Esa clasificación reposa en que el vicio afecte: I) el objeto de la decisión [1) no decidir cuestiones planteadas; 2) decidir cuestiones no planteadas]; II) los fundamentos normativos de la decisión [3) arrogarse, al fallar, el papel del legislador; 4) prescindir del texto legal aplicable sin dar razón plausible alguna; 5) aplicar una norma derogada o aún no vigente; 6) dar como fundamentos pautas de excesiva latitud]; III) los fundamentos de hecho de la decisión [7) prescindir de prueba decisiva; 8) invocar prueba inexistente; 9) contradecir otras constancias de los autos]; IV) los fundamentos normativos o de hecho de la decisión, así como la correspondencia entre los dos tipos de fundamentos y la conclusión [10) sustentar el fallo en afirmaciones dogmáticas o dar un fundamento sólo aparente; 11) incurrir en excesos rituales; 12) incurrir en autocontradicción], y V) los efectos de la decisión [13) pretender dejar sin efecto decisiones anteriormente firmes]⁵.

El esquema precedente presupone el hecho de que, pese a existir casos afirmativos muy aislados anteriores al último cuatrimestre de 1955, la falta de coherencia entre ellos permite sostener que el recurso por arbitrariedad, como se dijo, sólo nació con firme viabilidad a fines de 1955. A partir de entonces se desarrolló sin retrocesos hasta alcanzar proporciones inicialmente imprevisibles que han llegado a ser ya alarmantes.

5. Ya vimos que la parte comparativamente más numerosa de la tarea de la Corte consiste hoy en examinar recursos de hecho por recursos extraordinarios por arbitrariedad denegados en las instancias inferiores.

En una proporción abrumadora, esos recursos son rechazados por la Corte. Para denegarlos, empero, hay que leer cuidadosamente las actuaciones y fundar con seriedad la resolución denegatoria. Como es natural, dada la gran cantidad de recursos que se acumulan, ello toma mucho más tiempo del que se podría suponer.

6. Dos son, a mi juicio, los principales factores que explican la enorme proliferación de las quejas por denegación de recursos extraordinarios por arbitrariedad.

6.1. En primer lugar, debe mencionarse el hecho de que esa proliferación muestra que a muchos de los abogados argentinos, al parecer, les cuesta bastante resignarse ante sentencias definitivas adversas y/o convencer a sus clientes de que con el fallo en contrario de segunda instancia el juicio está irremisiblemente perdido. Ocurre también a veces que quien no se conforma con perder el pleito es el cliente, que en los

⁵ Véase *ob. cit.*, p. 57.

hechos presiona al letrado a llevar el caso hasta la Corte, desechando la opinión de éste, contraria quizá a esa excursión a las alturas.

Sea por el motivo que fuere, al más Alto Tribunal argentino llegan todos los años miles de recursos de hecho, con fundamento exclusivo en la doctrina de la arbitrariedad, que jamás debieran haberse interpuesto si el letrado patrocinante hubiese examinado con criterio objetivo y razonable, y sin ceder frente a las presiones del cliente, las reales perspectivas de éxito del recurso *in extremis* que, finalmente, ha acabado por interponer.

En un número grande de casos, los escritos respectivos sugieren una grave ausencia de autocrítica, cuando no la esperanza de que, dado el exceso de trabajo de los Ministros de la Corte, nunca se puede descartar del todo la posibilidad de que una queja cualquiera, por inadmisibles que sea, resulte coronada por el éxito como consecuencia de un error judicial.

En síntesis, se acude a la Corte por la vía de este remedio porque hacerlo cuesta muy poco, ya que no hay, en la práctica, sanciones eficaces para el letrado o el litigante temerario y, por último, porque más de un letrado cree, quizá de buena fe, que la defensa de su cliente le obliga a agotar los remedios procesales establecidos por las leyes, o incluso creados por la jurisprudencia, aun cuando, ahora me refiero exclusivamente al recurso por arbitrariedad, las circunstancias del caso, evaluadas con detenimiento y seriedad, excluyan sin duda alguna toda posibilidad de éxito para el remedio que se tiene en vista intentar.

6.2. En segundo lugar, hay otro factor importante —aunque numéricamente no tanto como el anterior— que ayuda a explicar por qué llegan a la Corte tantos casos de arbitrariedad.

Aunque, como dije, es un factor cuantitativamente más pequeño que el anterior, no por ello es menos digno de mención.

Consiste en esto: los superiores tribunales de provincia y las Cámaras federales (como así también las de la justicia «ordinaria» de la capital) dictan más sentencias arbitrarias que las que sería dable esperar de ellos, dada la jerarquía que ocupan en sus respectivas estructuras jurisdiccionales.

Aunque, para ser justos con esos tribunales, no hay que olvidar que también gravita sobre ellos de manera muy pesada el exceso de causas y, por ende, también en el seno de ellos se incurre en formas de delegación excesiva o censurable, incluso en la elaboración de algunas sentencias, queremos suponer que de las más sencillas que bajo su responsabilidad se dictan.

Aquí es ineludible señalar que los jueces, *lato sensu*, están muy mal remunerados en todas las jurisdicciones de la Argentina, razón por la cual no es muy fácil convencer a los más capaces de que continúen en la magistratura y no abandonen sus cargos para dedicarse al ejercicio privado de la abogacía, donde su idoneidad y capacidad de trabajo, e incluso el prestigio ganado por haber sido buenos jueces, les rendirán mucho más en términos económicos con un esfuerzo y una responsabi-

lidad sensiblemente menores. Este otro fenómeno, el del éxodo de jueces idóneos hacia la actividad privada y el consiguiente empobrecimiento cualitativo de los cuadros de la magistratura, es una circunstancia que debe tenerse en cuenta para explicar por qué se dictan tantas sentencias arbitrarias.

Por todo lo expresado en los párrafos anteriores, no es infrecuente que lleguen a la Corte sentencias de los tribunales *ad quem* que no son meramente erróneas, sino que se hallan incomprensiblemente huérfanas de suficiente justificación.

Ha sido a raíz de este último hecho, el importante número de sentencias inexcusablemente erróneas que llegan a su conocimiento, que la Suprema Corte, una vez abierta la puerta del recurso por arbitrariedad, la haya ido ensanchando cada vez más.

7. Ha ocurrido, pues, que habiendo abierto la puerta del recurso por arbitrariedad y habiéndola ensanchado luego, aunque de manera por lo general razonable, la Suprema Corte se encuentra ahora con que año tras año pretenden trasponerla miles de litigantes que, se advierte con claridad, no están justificados a pasar por ella.

Frente a esta situación cabe reflexionar que mientras los integrantes de la Corte deban estudiar con cuidado la gran cantidad de recursos aventurados, si no temerarios, y no puedan rechazarlos sin dar fundamentos *ad hoc*, referidos de manera precisa, por muy resumida que sea, a los hechos y el derecho del caso, la Suprema Corte seguirá soportando el peso de la abrumadora cantidad de expedientes que continúan llegando hasta ella.

Pero sobre todo esto volveré más adelante, cuando enuncie qué soluciones se han propuesto o cabe proponer para enfrentar los problemas que acá se exponen.

B) *El concepto de gravedad institucional. Su papel y alcances*

1. Recordemos que, según el régimen del recurso extraordinario tal como surge de la ley 48 y de la jurisprudencia de la Corte a su respecto, la admisión de ese recurso está supeditada a condiciones o requisitos de fondo y de forma.

La principal condición o requisito de fondo —ya lo hemos visto— es que medie en el caso una cuestión federal. Ello significa que se satisfaga alguno de los tres supuestos establecidos en el artículo 14 de la ley 48, ya examinados, o bien —según la jurisprudencia de la Corte— que el fallo que se impugna sea arbitrario, en el sentido técnico que esa jurisprudencia ha dado a esa palabra.

Entre los principales requisitos de forma se encuentran los siguientes: que la sentencia impugnada sea definitiva; que haya emanado del Superior Tribunal de la causa; que la cuestión federal haya sido oportunamente introducida y mantenida en el curso del litigio; que el recurso extraordinario esté suficientemente fundado; etc.

2. El acatamiento de esos requisitos de forma fue celosamente impuesto por la Suprema Corte desde su instalación hasta 1960. Fue entonces que se introdujo en el rígido haz de exigencias formales preexistentes una importante excepción, gravida de desarrollos posteriores. La excepción apareció en el caso *Jorge Antonio*⁶. Me referiré a él brevemente.

El segundo gobierno presidido por el General Perón fue derrocado por un golpe militar en septiembre de 1955. El gobierno *de facto* que lo sucedió y entregó el poder al Presidente electo, doctor Frondizi, en 1958, fue y es conocido bajo el nombre de gobierno de la «Revolución Libertadora». Uno de los cargos más importantes que se invocaron para justificar el alzamiento contra Perón fue el de corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito del Presidente, sus allegados (personas físicas y jurídicas) y altos funcionarios del gobierno. Uno de los allegados más cercanos era el empresario Jorge Antonio. Se le achacaba haber amasado una enorme fortuna valiéndose de medios ilegítimos.

El gobierno de la Revolución Libertadora se propuso recuperar para el Estado argentino los bienes que se sospechaba habían sido mal habidos por Perón y el referido círculo de funcionarios y allegados. A esos fines se dictó una disposición de carácter legislativo en la que: *a)* se formuló una extensa lista de personas jurídicas y físicas cercanas a Perón y sospechadas de enriquecimiento ilícito; *b)* se declaró que todos los bienes de los incluidos en la lista incorporados a su patrimonio después de cierta fecha pasarían a poder del Estado, a menos que quienes aparecían como titulares de ellos acreditaran judicialmente que habían entrado lícitamente en su patrimonio.

Jorge Antonio promovió una acción judicial encaminada a acreditar la lícita adquisición de sus bienes. Entre ellos había varios barcos de paseo. Se incautó de ellos el órgano administrativo que tenía a su cargo los procedimientos en representación del Estado (Junta de Recuperación Patrimonial). Los abogados de Jorge Antonio alegaron ante la justicia que la incautación de los barcos, pendiente el trámite jurisdiccional, les causarían un daño tan grave como innecesario. Pidieron a la Cámara Federal, ante la que tramitaban las actuaciones, que, para evitar los daños, se los nombrase depositarios judiciales de las embarcaciones hasta tanto recayera pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión (si Jorge Antonio había probado o no haberlos adquirido lícitamente). La Cámara hizo lugar al pedido. La Junta de Recuperación Patrimonial interpuso recurso extraordinario.

La Corte no dejó de advertir, por supuesto, que la resolución impugnada no era una sentencia definitiva y que, por lo tanto, si no median —dijo la Corte— las circunstancias que rodeaban el caso, el recurso no podía prosperar. Esas circunstancias, empero, enmarcadas en el contexto general de la lucha administrativa y jurisdiccional contra la corrupción en la función pública y el enriquecimiento ilícito que había constituido uno de los fundamentos claros del derrocamiento del

⁶ Jorge Antonio, Fallos, 248: 189, 1960.

gobierno, daban al caso, según la Corte, una gravedad institucional de proporciones tales que justificaban superar los óbices formales del recurso extraordinario. Sobre la base de consideraciones de este tipo, que he procurado resumir, la Corte prescindió explícitamente del incumplimiento del requisito de sentencia definitiva y, yendo al fondo de la litis, revocó la resolución apelada.

Tal es, en apretada síntesis, el *leading case* que consagró la doctrina de la gravedad institucional, reiterada muchas veces en diversos otros casos, y que aún continúa en vigor.

Es importante señalar que, según lo establecido por la reiterada y tradicional jurisprudencia de la Corte, a ésta le hubiera bastado con poner de manifiesto la ausencia de sentencia definitiva y rechazar el recurso con esa sola fundamentación. No obstante ello, el recurso extraordinario prosperó con base a un nuevo criterio, sentado entonces por primera vez.

El Alto Tribunal no abandonó en modo alguno el principio general de que el recurso extraordinario sólo procede contra sentencias definitivas, sino que admitió que frente a ciertos casos, como *Jorge Antonio*, cabía introducir en él algunas excepciones, o más bien una excepción, con campos de aplicación distintos y variados.

Ella se basa, como vimos, en que cuando las concretas circunstancias del caso muestran que éste reviste gravedad institucional, es deber de la Corte obviar los recaudos formales del recurso, entre ellos la exigencia de sentencia definitiva, para evitar que se conviertan en obstáculos a la tutela jurisdiccional que el más alto tribunal del país debe proporcionar por mandato de la Constitución⁷.

Entre esos recaudos formales prescindibles en presencia de gravedad institucional no se encuentra, por supuesto, el requisito de fondo que exige que haya una cuestión federal. Así fue entendido durante muchos años *Jorge Antonio* y así se lo entiende hoy. Más adelante se verá por qué digo esto aquí.

⁷ Fallos, 248: 189: «... Pues el recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de esta Corte, la que se satisface cabalmente, cuando están en juego problemas de gravedad institucional, con su decisión por ella, desde que su fallo es precisamente el fin de la jurisdicción eminente que le ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en contiendas entre particulares. Lo mismo que la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general, con el nombre de "cuestiones federales insustanciales", autoriza el rechazo de plano de la apelación extraordinaria, según se admite sin discrepancias a partir de Fallos, 194: 220 — Fallos, 245: 450 y otros—, así también la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención del tribunal superando los ápices procesales frustratorios del control constitucional de esta Corte. Se trata, en efecto, de condiciones pertinentes para la eficiencia del control de constitucionalidad y de la casación federal que esta Corte debe cumplir, cuya consideración ha guiado tradicionalmente la interpretación de las normas que gobiernan la jurisdicción que ha sido acordada al Tribunal por ley formal del Congreso, a saber, el artículo 14 de la que lleva el número 48 y 6to. de la ley 4055.»

La Corte no definió en *Jorge Antonio* la vaga expresión «gravedad institucional». Sin duda, no es sencillo. Los intentos posteriores distan de haberle dado un aceptable grado de precisión. Como en el caso de «sentencia arbitraria», hay que procurar, en la medida de lo posible, extraer el significado lo menos impreciso posible que se busca a partir de los numerosos casos en que la Corte consideró que debía pasar por alto el incumplimiento de recaudos formales del recurso extraordinario y hacer lugar a éste por aplicación de la doctrina de *Jorge Antonio*⁸. Tengo para mí que la difícil tarea de extraer el significado de un estándar a partir de una multitud de casos es menos ardua respecto de «sentencia arbitraria» que de «gravedad institucional».

A partir de la adopción de la doctrina de la gravedad institucional, la Corte ha venido usando ese estándar en numerosos casos de variado contenido. El le permite, si a su juicio se dan las condiciones que supone, considerarse autorizada a prescindir de este o aquel requisito formal del recurso extraordinario o aun de más de uno de ellos.

Esta nueva manera de entender el ámbito del remedio significó, como es obvio, una ampliación de la competencia de la Corte y, también, un aumento en su carga de trabajo. Pese a que en un caso dado no estuviera satisfecho algún recaudo formal, o varios de ellos, a partir de *Jorge Antonio* pasó a ser necesario evaluar, mediando petición de parte, si en el caso había o no gravedad institucional. Si la había, el recurso podía ser admisible, siempre que el fondo de la cuestión lo justificara, no obstante el incumplimiento de aquellos recaudos. De lo contrario, era aplicable la regla general que supedita la admisibilidad del recurso a que ellos estén satisfechos.

La aplicación del nuevo estándar vino a ampliar, como dije, aunque en medida mucho menor que la doctrina de la arbitrariedad, la órbita de la competencia de la Corte en materia de recurso extraordinario.

La habría ampliado de manera mucho más considerable aún si hubiese prosperado, lo que felizmente no ocurrió, un criterio sentado y seguido en algunos fallos posteriores de la Corte Suprema, dictados por la Corte presidida por el doctor Gabrielli (años 1976-1983)⁹.

De esos fallos surge, en síntesis, que si en un caso media gravedad institucional puede prescindirse también del requisito de fondo que exige que haya una cuestión federal.

De haberse abierto camino ese modo de apreciar la función y alcances del nuevo estándar habría habido dos vías independientes, y no sólo una, para acceder a la jurisdicción extraordinaria de la Corte: 1) la derivada de la existencia de cuestión federal, según la ley 48 y la jurisprudencia de la Corte, que desde hace más de treinta años incluye la doctrina de la arbitrariedad, y 2) la derivada de la presencia de gravedad ins-

⁸ Véase el libro *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, de Fernando BARRANCOS Y VEDÍA, Ed. Abeledo Perrot, 1969, pp. 77 y ss.

⁹ Véase mi artículo «Nuevas fronteras del recurso extraordinario», en el libro *Temas de casación y recurso extraordinario. Homenaje al Dr. Augusto Morello*, Librería Editora Platense, La Plata, 1982, pp. 211 y ss.

titucional, aun sin cuestión federal. Esta vía no está autorizada por la ley 48, ni aun mediante una interpretación amplísima de ella, sino sólo apoyada en algunas decisiones de la Corte dictadas durante el lapso que indiqué. La validez de estas decisiones era y es extremadamente vulnerable, toda vez que el requisito de cuestión federal fluye de la Constitución. La ley 48 se limitó a reglamentarlo.

Esta pretendida nueva extensión del recurso extraordinario se apoyaba, según mi modo de ver, en una interpretación demasiado amplia del principio creado por la Corte a partir del caso *Jorge Antonio*. Es justo hacer notar que la redacción del fallo dictado en ese caso pudo dar algún pie para aquella interpretación amplia, pero no la daban los posteriores casos de aplicación de la doctrina *Jorge Antonio*.

La de la arbitrariedad amplió de manera considerable, como dije, el campo de acción del recurso extraordinario al redefinir el recaudo de fondo que exige, para su procedencia, que haya de por medio una cuestión federal.

La doctrina de la gravedad institucional, como dije, amplió, aunque de manera mucho menos considerable, el número de casos que pueden llegar a la Corte. Para alcanzar ese resultado, el tribunal se declaró autorizado frente a un heterogéneo número de casos, agrupados bajo un rótulo vago, a prescindir de los requisitos formales del recurso.

Estas dos extensiones —arbitrariedad y gravedad institucional— tienen en común dos cosas: 1) su origen, pues ambas son creaciones pretorianas de la Suprema Corte argentina, y 2) también, por decirlo así, su destino posterior a su origen o modo de creación: en ninguno de los dos casos, el legislador ha creído necesario dar el visto bueno de la ley a tan importantes aportes jurisprudenciales a la competencia del más alto tribunal del país.

Para concluir este capítulo examinaré un estándar de análogo origen pero diferente destino.

C) *Tutela especial frente a una efectiva privación de justicia*

Existe otra extensión importante, aunque no en términos cuantitativos, de la competencia de la Corte¹⁰. Originariamente fue creada por ella, como lo fueron las dos extensiones tratadas hasta aquí. La diferencia con éstas radica en que el criterio adoptado por el Alto Tribunal al crear la tercera movió al legislador a conferir expresamente a la Corte la competencia que ésta ya venía ejerciendo bajo su propia autoridad¹¹.

Podemos llamar a esta otra vía de acceso de la misma manera que, al crearla, la llamó el tribunal y hablar, por lo tanto, de un remedio para evitar en casos muy especiales una efectiva privación de justicia (o, para

¹⁰ Véase el artículo del doctor GOICOA, «La "indispensable" intervención de la Corte Suprema para evitar la "efectiva privación de justicia"», en la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1962-I-II, enero-julio, pp. 325 y ss.

¹¹ Decreto-ley 1285/58, artículo 24, inciso 7.

resumir, doctrina de la efectiva privación de justicia). Insisto en que esta vía no ha tenido en los hechos un peso significativo sobre la carga de trabajo de la Corte.

La menciono aquí, con todo, porque hoy sería una importante —incluso en términos potencialmente cuantitativos— vía de acceso a la Corte si ésta se hubiera decidido a usar esa herramienta en casos de masivas violaciones de derechos humanos, tales como los que se padeció en la Argentina durante el período en que el último gobierno militar (1976-83) consideraba que la mejor y más efectiva manera de luchar contra la guerrilla era emplear los mismos métodos de ésta. Un poco más abajo nos ocuparemos de eso.

Aquí hay que decir que se trata de un remedio *sui generis* que puede ser utilizado mediante una presentación directa ante la Corte Suprema, o bien ser empleado mediante una presentación ante las instancias inferiores y llegar luego a la Corte por la vía del recurso extraordinario. Por ello dije que es *sui generis*, porque no encaja exactamente en ninguna de las tres jurisdicciones tradicionales del Alto Tribunal sucintamente descritas más arriba (apelada, originaria y extraordinaria).

El remedio nació o adquirió notoriedad a raíz de lo resuelto en el caso *Cavura de Vlasov*¹², decidido a mitad de los años cincuenta. Se trataba de la situación de un matrimonio mal avenido. El marido, so pretexto de ejercer el derecho, que entonces tenía, de fijar por sí el domicilio conyugal, se había ausentado definitivamente del país y radicado en Europa. Desde allí pretendía que su esposa, que quería accionar el divorcio, radicara la demanda ante el juez correspondiente al último domicilio conyugal elegido por él. Esto es, ante un juez europeo. Consecuentemente, negaba competencia a los jueces argentinos para conocer en aquélla.

La esposa se presentó ante las instancias inferiores y, en vista de las decisiones adversas de ellas, llegó finalmente a la Corte Suprema. Esta sostuvo que acceder a las pretensiones del marido configuraría incurrir en una efectiva privación de justicia en perjuicio de su cónyuge, quien, por lo tanto, tenía derecho a demandar el divorcio en la Argentina. Así lo decidió la Corte.

Parece razonable entender, dicho sea de paso, que al hablar de una efectiva privación de justicia, la Corte quiso subrayar que la privación debía ser de hecho, o nacer en la práctica. Esto quiere decir, en relación con la situación concreta examinada por el tribunal en *Cavura de Vlasov*, que si bien a la señora no le estaba jurídicamente vedado demandar en Europa, sí le resultaba prácticamente imposible hacerlo viviendo, como vivía, en la Argentina.

Tiempo después de que el Alto Tribunal, aplicando el mismo principio, hubo resuelto otros casos bajo invocación de *Cavura de Vlasov*, el legislador, como dije más arriba, dio fundamento legislativo al remedio como parte de la competencia de la Corte, incorporándolo a la ley de organización de los tribunales de la nación.

¹² Cavura de Vlasov, Fallos, 246: 87.

Según la jurisprudencia sentada por la Corte, para evitar una efectiva privación de justicia, la víctima podía recurrir a las instancias ordinarias y, en su caso, llegar hasta la Corte o bien, si las circunstancias lo hacían necesario, formular su petición directamente ante la Corte.

Los casos decididos por la aplicación de la doctrina de *Cavura de Vlasov* y de su «convalidación» legislativa han sido pocos. Su incidencia en la cantidad de labor de la Corte, por lo tanto, ha sido hasta ahora mínima. Si menciono ese remedio aquí es porque he creído y creo ver en él la fuente potencial de una familia de casos que, concebiblemente y en circunstancias políticas especiales, puede ser numerosa. Recuérdese que, como acabo de señalar, según el criterio de la propia Corte, se puede peticionar directamente ante ella en procura de tutela frente a una efectiva privación de justicia sin necesidad de recurrir previamente a las instancias inferiores y, *a fortiori*, sin agotarlas.

La importancia virtual de esta nueva vía de acceso a la Corte, creada inicialmente por ella, quizá se advierta si recordamos uno de los casos más sonados en que la Suprema Corte argentina tuvo oportunidad de intervenir durante la última dictadura militar. Se trata del caso *Pérez de Smith*.

Unos pocos abogados del foro de la ciudad de Buenos Aires, patrocinando a numerosos familiares y allegados de personas que habían desaparecido sin dejar rastro, presumiblemente por acción de fuerzas militares o paramilitares, se presentaron directamente ante la Corte invocando para ello la doctrina de *Cavura de Vlasov*. Esto es, el derecho a obtener una tutela jurisdiccional *sui generis* ante la existencia de una efectiva privación de justicia, como ocurría en perjuicio de las víctimas de las desapariciones.

Se trata del «primer» caso *Pérez de Smith*, iniciado a comienzos de abril de 1977 y resuelto por el Alto Tribunal en menos de dos semanas¹³.

Fue ésta la primera ocasión que tuvo la Corte de expedirse sobre el caso general de los miles de «desaparecidos» víctimas de los métodos inhumanos e indiscriminados que empleaban algunas autoridades militares, o algunos cuerpos paramilitares, para reprimir a los subversivos. Esos métodos consistían, en suma y como lo dije más arriba, en imitar a los de la guerrilla, por lo menos en ese aspecto.

En el caso *Pérez de Smith*, los reclamantes argumentaron que los beneficiarios del remedio —los «desaparecidos» en él nombrados— eran víctimas de una efectiva privación de justicia, toda vez que su derecho a la protección jurisdiccional se hallaba obstruido por la desaparición misma. Así surgía del hecho de que en favor de un número sustancial de esos beneficiarios se habían interpuesto previamente, sin el menor éxito, sendos recursos de *habeas corpus*. Respecto de los restantes, no se había considerado conducente emplear esa vía en vista de su probada inutilidad: ésta resultaba, principalmente, del hecho de que las autoridades públicas y militares a quienes los jueces pedían informes daban como respuesta sistemática una negativa cerrada. Informaban no haber

¹³ 1^o *Pérez de Smith*, Fallos, 297: 338.

dispuesto la detención del «desaparecido» ni conocer su paradero. Ante esas respuestas, los jueces, al comienzo del aluvión de desapariciones, ordenaban el archivo del expediente. Más tarde, por decisión de la Suprema Corte, comenzaron a ordenar medidas de investigación enderezadas a localizar a la persona desaparecida, antes de archivar el expediente. Esas investigaciones, empero, no alcanzaban ningún resultado porque, para ello, habría sido necesario contar con la colaboración de los mismos órganos militares que ya habían informado a la justicia que no habían detenido a la víctima y afirmado que nada sabían de su paradero.

Tras esta digresión volvamos al primer caso *Pérez de Smith*. Como dije, la Corte se pronunció con rapidez. Debía decidir, en síntesis, si las masivas desapariciones de personas configuraban o no una forma mayúscula de efectiva privación de justicia, toda vez que, como sostenían los peticionantes, los «desaparecidos» se encontraban en un completo desamparo judicial, tal como lo estaban, respecto de ellos, sus familiares y amigos. Esto era así, argumentaban los reclamantes, porque el recurso a las vías de tutela jurisdiccional, ordinarias o sumarias, resultaba ser completamente inútil ante la actitud del Poder Ejecutivo y sus órganos y personal dependiente, que, como ya lo he dicho, decían ignorar por completo qué había pasado con las personas desaparecidas.

¿Cómo reaccionó la Corte? Por lo pronto, no desestimó *in limine* la presentación. En una resolución breve hizo, en cambio, estas dos cosas. Primero, sostener que no era de aplicación al caso la doctrina *Cavura de Vlasov* porque los hechos narrados en la presentación formulada en *Pérez de Smith* no guardaban suficiente analogía con los de *Cavura de Vlasov*. Segundo, expresar que, pese a ello, si los hechos invocados por los reclamantes fueran ciertos, la Corte, como cabeza de uno de los tres poderes del Estado, debía dirigirse al Ejecutivo —como lo hizo— a fin de que, bajo la condición precedente (si los hechos fueran ciertos), se practicasen las investigaciones del caso y se adoptaran las medidas necesarias para sancionar a los culpables y evitar la repetición de tales hechos. (La cita no es textual, pero reproduce en lo esencial la importante decisión de la Corte)¹⁴.

El Poder Ejecutivo se tomó su tiempo para contestar. La tardía respuesta no reveló ninguna preocupación por poner coto a los hechos que habían motivado el primer caso *Pérez de Smith*, pese a que la práctica indiscriminada de la desaparición de personas, lejos de haber merchado, aumentaba día a día, a punto tal que a causa de ella ya había cundido en el país una alarma generalizada.

¹⁴ Fallos, 297: 338: «... Que si, tal como lo denuncian los presentantes, fuesen numerosos los recursos de *habeas corpus* en los que las autoridades han contestado que las personas a cuyo favor se han interpuesto no están registradas como detenidas, podría verse configurada una situación que, de hecho, equivaldría a una efectiva privación de justicia, y ello por causas básicamente ajenas a las funciones y competencias específicas de los magistrados, a cuyo alcance no está poner remedio a aquella situación.»

He hablado del primer caso *Pérez de Smith* porque hubo otras dos presentaciones posteriores hechas en el mismo expediente.

La segunda fue resuelta pocas semanas después que la primera¹⁵. En rigor de verdad, fue una ampliación de ella que la Corte desestimó por los mismos fundamentos dados anteriormente.

La tercera y última presentación fue hecha y decidida a fines de 1977, cuando todavía continuaban las desapariciones. La Corte ratificó lo resuelto frente a las dos presentaciones anteriores en cuanto a la improcedencia de aplicar al caso la doctrina de *Cavura de Vlasov*. Pero volvió a invocar su condición de cabeza de uno de los poderes del Estado para hacer saber al Ejecutivo, esta vez sin someter la advertencia a condición alguna, que la aludida práctica, que la Corte dio por existente, debía cesar y sus responsables ser sancionados¹⁶.

VI. ALGUNAS POSIBLES SOLUCIONES

En los cuatro capítulos anteriores he procurado presentar un problema, el constituido por el exceso de tareas de la Suprema Corte argentina y su incidencia sobre la labor del tribunal, tanto en lo concerniente a la gran demora con que suele pronunciarse como en lo que atañe a la calidad de las sentencias que dicta, o puede realmente dictar, dada la cantidad de expedientes que le llegan.

Ese problema ha sido y es motivo de una seria preocupación que afecta a las autoridades públicas (legisladores, funcionarios del Ministerio de Justicia, etc.), a los jueces (*lato sensu*) y a los abogados. También preocupa a todos los ciudadanos informados y responsables que, de manera eventual y no improbable, pueden verse envueltos en un pleito que requiera la intervención de la Suprema Corte.

Tal preocupación generalizada ha dado origen a iniciativas dirigidas a resolver el problema o, en todo caso, a atenuarlo en todo lo posible. Mencionaré algunas de ellas y, al final de este capítulo, me ocuparé de aquella que, según mi modo de ver, se presenta como la más adecuada porque *prima facie* es la más eficaz.

a) Una de las soluciones más obvias parece ser la de elevar el número de miembros de la Corte. Los partidarios de esa medida hacen notar dos cosas. La primera es que el número de Ministros de la Corte, tradicionalmente fijado en cinco, que pudo haber sido adecuado para un país de mayoritaria población rural y de menos de dos millones de habitantes (tal era el caso de Argentina en la década de 1860), indudablemente ha dejado de serlo para una nación industrializada y con grandes grupos urbanos que cuenta con más de 32 millones de habitantes, como es el caso de la Argentina de hoy. A ese argumento se agrega que la Corte Suprema norteamericana tiene nueve miembros (casi el

¹⁵ 2.º Pérez de Smith, Fallos, 300: 832.

¹⁶ 3.º Pérez de Smith, Fallos, 300: 1282.

doble que la nuestra) y que otros países importantes, más desarrollados que el nuestro en lo institucional, tienen tribunales de suprema instancia compuestos por un número de miembros bastante mayor que el de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Quienes se oponen a esta forma de solución suelen formular dos contraargumentos u objeciones. Recuerdan, en primer lugar, que durante la presidencia del doctor Frondizi el número de miembros de la Suprema Corte argentina fue aumentado de cinco a siete, sin que tal medida, que se aplicó durante pocos años, se tradujera en una mayor celeridad en la resolución de los casos ni en una significativa mejoría en la calidad de las decisiones. En segundo lugar, los opositores añaden que el aumento del número de Ministros de la Corte no conduce necesariamente a ventajas en la prontitud de los trámites, sino más bien a lo contrario. Ello es así, se agrega, porque le lleva más tiempo estudiar y decidir un expediente a una Corte compuesta por siete o nueve miembros que a una compuesta por cinco si, como ocurre en nuestro sistema, todos los Ministros de la Corte, en todos los casos, deben haber tenido oportunidad de examinar cuidadosamente el expediente para decidir el sentido de su voto o, en su caso, excusarse de intervenir en él por alguna razón que le concierne y se relaciona con el contenido de las actuaciones o, simplemente, abstenerse de firmar la decisión por el motivo que fuere.

Durante algún tiempo, dentro del lapso en que la Suprema Corte argentina estuvo compuesta por siete miembros, llegó a establecerse en la práctica un método especial para evitar la mayor dilación causada por el mayor número de miembros del tribunal. Consistió en que una buena cantidad de casos salían resueltos por cuatro votos, emitidos siempre por los mismos cuatro Ministros, quienes, por concordar sistemáticamente en los criterios aplicados para resolver esos casos, pasaron a constituirse, en los hechos, en lo que podría llamarse —y de hecho era llamada así— la «mayoría» permanente del tribunal. El camino seguido para apresurar el dictado de las sentencias fue ciertamente heterodoxo, toda vez que autorizaba a suponer, aunque en realidad no fuese así, que los otros tres Ministros, a quienes podríamos considerar —y así se los consideraba— como integrantes de la «minoría», también permanente, del tribunal, o uno o más de ellos, no habían tenido suficiente contacto con las actuaciones, o el tiempo que ellos juzgaban, con o sin razón, que era necesario para estudiarlas, ya fuera para concordar con la opinión de la «mayoría» o emitir un voto en disidencia, suponiendo, claro está, que hubiesen tenido el deseo de hacerlo o de intervenir en el caso.

Como no podía ser de otra manera, el método fue eficaz en cuanto aceleraba la decisión de los casos, pero tendía a fracturar a la Corte en dos o, por lo menos, a dar la sensación de que eso era lo que ocurría respecto de un número importante de casos, entre los que podían —o incluso solían— encontrarse los más espinosos. Por eso merece el calificativo de heterodoxo; presenta el aspecto de un procedimiento *sui generis* al que se había echado mano para superar una emergencia que, por

causas diversas, algunas no ajenas a la composición de la Corte y/o a la idiosincrasia de alguno de sus miembros, producía una intolerable demora en los pronunciamientos del Alto Tribunal. Lo malo era que el procedimiento arbitrado para superar esa demora, amén de no ser ortodoxo, no atacaba la raíz del mal. Más adelante veremos cuál, a mi juicio, cumple esa función.

b) Las objeciones esgrimidas contra el primer tipo de propuesta de solución han conducido a propiciar una segunda, que podría considerarse meramente complementaria de la anterior, si no fuese que ella puede aplicarse también a una Corte con el número actual de miembros. Por ello esta otra propuesta de solución debe considerarse autónoma.

Quienes abogan por ella sostienen que el aumento del número de miembros de la Corte debe ir acompañado, para ser eficaz, de la división de la Corte en salas, de modo que, por ejemplo, si los Ministros pasaran a ser siete, el tribunal debería dividirse en tres salas de dos miembros cada una. El Ministro restante, que presidiría tanto la Corte como cada una de sus salas, sólo intervendría en los posibles casos de desacuerdo entre los Ministros integrantes de una sala que se presentaran en cualquiera de ellas.

Esto se viene proponiendo sin éxito desde hace muchos años. Pese a tratarse de una solución *prima facie* atractiva, a su adopción se opone un grupo importante de distinguidos constitucionalistas argentinos. Estos sostienen, en síntesis, que la Constitución nacional prescribe que habrá una Suprema Corte de Justicia, de donde se sigue, alegan, que la Ley Fundamental no admite la división en salas. Ello es así, se arguye, porque si éstas se integran de la manera sugerida en mi ejemplo, esto es, por sólo dos de los miembros, y estos dos integrantes de la sala al tratar un caso coinciden en su solución, ello hace posible que la litis sea resuelta por un número de Ministros menor que la mitad de todos ellos. El caso no quedaría así decidido por el tribunal, sino por una fracción minoritaria de él.

Además, y esto sería quizá más grave, podría muy bien ocurrir que, frente al mismo tipo de problemas, la Sala I sostuviera la solución X y la Sala II la solución Y. Como el Presidente no podría intervenir en ninguno de los dos casos por no haber desacuerdos internos en las Salas I y II respecto de la decisión de la cuestión en juego, sino discrepancia externa entre ellas, habría en los hechos dos Supremas Cortes de Justicia, en contra de lo establecido por la Constitución.

Ignoro cómo descalifican o descalificarían los impugnantes de la división en salas una solución que previera, para los casos de discrepancias externas entre ellas, la obligatoria intervención del tribunal en pleno. De todos modos, aun así, la decisión de este último sólo podría ser aplicable para el futuro. Los casos anteriores a la decisión plenaria quedarían resueltos de manera contradictoria, por sentencias cubiertas por la cosa juzgada.

Para concluir la referencia a esta posible solución, permítaseme agregar que aunque más arriba puse el ejemplo de un aumento a siete miembros, los mismos argumentos podrían hacerse, *mutatis mutandi*, si el aumento fuera de cinco a nueve y se crearan cuatro salas de dos miembros o dos de cuatro.

c) Otra solución que se ha propuesto consiste en crear una Corte de Casación Federal, con jurisdicción en todo el país y competencia para unificar la interpretación que los otros tribunales federales —salvo, claro está, la Suprema Corte— hagan de las normas federales. De ese modo, la falta de uniformidad en dicha interpretación quedaría eliminada sin necesidad de la intervención de la Corte y ésta se vería aligerada de trabajo.

Es muy posible que la creación de una Corte de Casación Federal sería ventajosa para los litigantes y reduciría la carga de trabajo de la Corte. Pero el alivio, me parece, no sería suficiente, toda vez que los casos de arbitrariedad seguirían llegando a la Corte en todos los supuestos de aplicación de normas de derecho común y local —casos que son muy numerosos—, sobre los que no podría pronunciarse el nuevo tribunal de casación federal.

d) Más recientemente se ha sostenido que la solución del problema radica en la creación de un nuevo tribunal *ad hoc* que intervendría de manera exclusiva y excluyente en los casos de impugnación de pronunciamientos de alzada tachados de arbitrarios. Esas impugnaciones dejarían de ser resueltas por la Suprema Corte.

Como objeción a esta propuesta se puede argumentar que si, al acoger una impugnación de arbitrariedad, la Corte, como se ha sostenido, se apoya en la garantía de la defensa en juicio vulnerada por el pronunciamiento irregular o anómalo, el Alto Tribunal no podría válidamente sustraerse a conocer de fallos del nuevo tribunal impugnados, a su vez, por considerarlos arbitrarios. Eso sostendrían, me parece, la enorme mayoría de los litigantes derrotados por decisión del nuevo tribunal.

De tal modo, seguiría el argumento, la carga de trabajo de la Suprema Corte, aunque reducida por la innovación, continuaría siendo muy importante.

e) Queda, finalmente, por ver otra posible solución que ha dado origen, al menos, a dos anteproyectos de ley, elaborados ambos durante la presidencia del doctor Alfonsín, bajo los auspicios del Poder Ejecutivo.

Ella consiste en adoptar, adaptándola a nuestro derecho de fondo y sanas prácticas procesales en todo cuanto sea conveniente, una antigua institución del *common law*: el *writ of certiorari*.

e.1) Quizá la mejor manera de adentrarnos en el tema de la posible incorporación del *certiorari* en el ámbito de la actividad de la Suprema Corte argentina sea comenzar recordando en un pantallazo el papel que esta institución cumplió en relación con la de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

En 1925, este último tribunal estaba casi literalmente tapado de trabajo. El problema tuvo, finalmente, solución mediante la sanción de la *Judiciary Act*, de ese mismo año, inspirada por el *Chief Justice* Charles Evans Hughes.

Dicho en apretada síntesis, la solución consistió en limitar de modo considerable la jurisdicción apelada de la Corte, de naturaleza obligatoria, y extender, también de modo considerable, su jurisdicción discrecional. El camino para que un caso pudiese quedar sometido a esta última jurisdicción fue, precisamente, el del *writ of certiorari*.

Hay algo que de entrada puede llamar la atención en cuanto a los alcances o eficacia de ese *writ*, sobre todo a juristas formados en el área del *civil law*. Se trata de que el acogimiento o el rechazo de ese remedio es discrecional. El tribunal *ad quem* puede denegarlo sin expresar ningún fundamento o bien darle acogida inicial, oír a las partes, realizar luego todos los trámites propios de cualquier causa y, finalmente, resolver el fondo de la cuestión con arreglo a sus intrínsecos méritos.

Por medio de la admisión o del rechazo discrecional de *writs of certiorari* interpuestos contra decisiones de tribunales federales, la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde la recordada reforma de 1925, ha podido seleccionar para su tratamiento y decisión aquellos casos que, a su juicio, justifiquen, por su interés público o su gravedad institucional, que el más alto tribunal del país invierta parte de su valioso tiempo para estudiarlos y pronunciarse acerca de ellos.

En todos los otros casos que llegan a la Corte por esa vía, esto es, los no comprendidos por la obligatoria jurisdicción apelada del tribunal, si éste considera que no revisten un interés suficiente por no estar comprendido el de la comunidad o de sectores importantes de ella, se rehúsa a conocer en esos recursos, a cuyo fin usa la lacónica fórmula *certiorari denied*, sin añadir a ella ninguna argumentación o consideración que dé sustento al rechazo.

Por virtud de esto, la Corte Suprema del país del Norte puede, como lo hace, concentrar su atención únicamente en aquellos casos que, según su entender, le ofrecen la oportunidad de indicar una guía u orientación obligatoria para los otros poderes y, en general, para toda la comunidad. Esa guía u orientación tiene carácter obligatorio también para todos los jueces, porque en los Estados Unidos, como se sabe pero vale la pena recordar aquí, rige la institución del *stare decisis*, norma consuetudinaria judicial que asigna carácter obligatorio para otros jueces a las decisiones judiciales dictadas con anterioridad en casos análogos. Dicho sea de paso, ésta es, quizá, la característica distintiva del *common law* y, sin duda, la que más lo diferencia del *civil law* en lo que concierne al rango de las fuentes de uno y otro sistema jurídico.

e.2) Dejando atrás los antecedentes que conciernen a la jurisdicción de la Suprema Corte norteamericana, pasemos a referirnos a la de la nuestra. En particular, a recordar dos recientes propuestas formuladas en sendos anteproyectos de ley que favorecen la adopción de ciertas

características propias del *certiorari* para reducir sensiblemente las tareas de nuestra Corte.

1. El primero fue elaborado por la Comisión designada, en 1984, por el Ministerio de Educación y Justicia, a instancias de la Suprema Corte de la nación. La integraron los mejores expertos del país en materia de jurisdicción federal y, en particular, de jurisdicción de la Suprema Corte. Se pidió a la Comisión, como es natural, que proyectara reformas a la ley 48 que condujeran a reducir la labor de dicho tribunal.

Pues bien, la Comisión, por mayoría de votos, decidió aconsejar que se otorgara a la Corte facultades para desechar, frente a cierto tipo de casos y sin dar más fundamento que la mención de la norma legal que, de aprobarse el proyecto de la Comisión, la autorizara a ello, tanto los recursos extraordinarios concedidos como las quejas por los denegados, siempre que el caso no trascendiera los intereses meramente privados de las partes.

Dos de los integrantes de la Comisión, los doctores Ricardo Colombres y Guillermo R. Moncayo, se pronunciaron en el sentido de que la discrecionalidad de la Corte sólo debía operar en el campo de las quejas, pero no en el de los recursos extraordinarios concedidos. Esta limitación, propuesta por los miembros nombrados, está sustentada en razones de peso si centramos la atención en el dominio de la doctrina de la arbitrariedad y sólo en él.

Sus méritos en ese dominio, tal como lo veo ahora, consisten en que es razonable que una institución como el *certiorari*, tan novedosa para nuestro orden jurídico, sólo debe insertarse en él en la medida en que sea realmente necesaria. En ese orden de ideas cabe insistir que gran parte del trabajo de la Corte consiste en la decisión de quejas por recursos por arbitrariedad denegados, mas no en el trámite de los concedidos, cuyo número es muy pequeño. Esto último obedece a que como en el campo de la doctrina de la arbitrariedad la procedencia formal y la sustancial del recurso se hallan mezcladas, el tribunal que concede el recurso está admitiendo *prima facie*, y aunque no lo quiera, su propia arbitrariedad.

2. Cuando a fines de 1985 comenzó a funcionar, el Consejo para la Consolidación de la Democracia, órgano asesor del Presidente de la República, se interesó por el tema de la reforma de la ley 48. Ese interés lo llevó a requerir del Ministerio de Educación y Justicia todos los trabajos de la Comisión antes referida.

Cuando esos antecedentes le llegaron, el Consejo pudo advertir que el dictamen de la Comisión, aunque presentado tiempo atrás, no había dado lugar a otras actuaciones adicionales que el pedido de opinión a dos Ministros de la Corte. Estos ya la habían expresado hacía varios meses. Dichas actuaciones, pues, se hallaban virtualmente paralizadas. A través de su Comisión de Justicia, el Consejo llevó a cabo un estudio del anteproyecto de la Comisión *ad hoc* designada por el Ministro de

Educación y Justicia. El plenario del Consejo aprobó el dictamen de su propia Comisión de Justicia y lo elevó al Poder Ejecutivo.

El anteproyecto del Consejo aceptó el de la Comisión del Ministerio de Educación y Justicia, con pocas pero importantes reformas.

Entre ellas no hay ninguna que tenga que ver con la aceptación, para ciertos casos, de una jurisdicción discrecional de la Corte Suprema. El Consejo aceptó, pues, a ese respecto, la opinión mayoritaria de la Comisión y no la de los doctores Colombres y Moncayo, pese a las buenas razones de esta última en lo tocante a recursos por arbitrariedad, resumidas poco más arriba.

e.3) Los antecedentes locales que acabamos de ver propician soluciones que guardan similitud con el *writ of certiorari*, instituto procesal que, tal como pudimos apreciar más arriba, salvó a la Suprema Corte de los Estados Unidos de verse completamente desbordada por el elevado número de casos que debía decidir en cada año judicial para conservar un ritmo aceptable en el cumplimiento de sus deberes institucionales.

No se advierte en el horizonte, tal como lo veo, una solución inmediata mejor que ésta, con todas las adaptaciones que sean necesarias, como remedio de fondo para el grave problema que enfrenta la Suprema Corte argentina. Las dificultades que ésta viene arrastrando por el cúmulo de tareas que la abruma sólo pueden ser encaradas con posibilidades de éxito mediante la adopción de medidas suficientemente drásticas que equivalgan en sus efectos a una versión local del *writ of certiorari*.

La genuina solución de fondo consiste tal vez en una reestructuración completa del poder judicial, de la que sería elemento básico la superación de la rémora de muchos procedimientos escritos y, sobre todo, una revalorización del papel de los jueces, cuyas remuneraciones tendrían que ser incrementadas de manera considerable. Pero esa solución, aunque de fondo, distaría ciertamente de ser inmediata, y el problema que motiva este artículo debe resolverse ya.

e.4) Veamos ahora, de manera concisa, cuál es la principal objeción que podría formularse a una solución de ese tipo y cuáles los contraargumentos que podrían hacerse valer frente a ella.

Supongamos que esa crítica central consistiera en sostener que la adopción, aun adaptada, del método norteamericano importaría conceder a la Suprema Corte argentina facultades excesivas, tal como la de desechar discrecionalmente recursos, por cuanto el otorgamiento de esa discrecionalidad, diría la crítica, significaría violar la garantía de la defensa en juicio del recurrente, que vería rechazado su recurso sin fundamentación conocida alguna.

Frente a esa crítica tendrían validez, creo, los siguientes contraargumentos acumulables.

e.4.1) En primer lugar, debemos recordar que la Suprema Corte argentina no es un tribunal de tercera instancia, sino un órgano jurisdiccional de carácter extraordinario y jurisdicción muy circunscrita.

e.4.2) En segundo lugar, hay que señalar que la misión fundamental de la Suprema Corte argentina, misión ante cuyo cumplimiento debe ceder cualquier otra consideración que tenga por efecto dejarla a un lado, es la de velar por la supremacía de la Constitución nacional y de las normas federales que la complementan. Sus decisiones al respecto constituyen la palabra decisiva que, a través de la institución de la *judicial review*, que integra nuestro derecho positivo, prevalece sobre la de los órganos más encumbrados de los otros poderes del Estado.

e.4.3) En tercer lugar, y como contraargumento que complementa el anterior, debe hacerse notar que si por verse en la necesidad de entender de un abrumador número de litigios entre particulares o, en general, de decidir innúmeras cuestiones carentes de importancia institucional, los Ministros de la Corte no atendieran con el debido celo las funciones que les son propias por mandato de la Constitución, esto es, las indicadas en e.4.2), dichos Ministros podrían ser considerados, y no sin razón, incursos en una clara y manifiesta violación de sus deberes constitucionales, y aun sometidos a juicio político.

e.4.4) En cuarto y último lugar, puede invocarse el argumento, que tiene menos fuerza de convicción que los tres anteriores, de que en los Estados Unidos, donde el *procedural due process* (debido proceso adjetivo o garantía de la defensa en juicio) tiene en la práctica jurisprudencial un alcance y eficacia mucho mayores que los que tiene en nuestro medio, se ha admitido como válido, esto es, como compatible con la garantía de la defensa en juicio, el rechazo discrecional de recursos ante ella que autoriza el *writ of certiorari*.

Dada la fuerza acumulable de estos cuatro contraargumentos, considero posible refutar, con base en ellos, a quienes sostienen que la introducción de una solución del tipo del *certiorari* no sería compatible con la Constitución nacional argentina.

Frente a críticas de otro tipo que, sin impugnar la validez constitucional del remedio propuesto, ofrecen en su reemplazo otras posibles soluciones, consideradas mejores, es plausible sostener dos cosas: primero, que antes de ocuparme del *certiorari* me referí a otros posibles medios de alcanzar la finalidad propuesta y ninguno de ellos resultó aceptable o suficiente; segundo, que, reiterando en cierto modo lo expresado más arriba, cabe destacar que el problema que se procura solucionar es de tal magnitud y son tantas sus consecuencias institucionales negativas que, para excluir la propuesta del *certiorari* adaptado, habría que ofrecer otra u otras de efectos por lo menos tan drásticos como ella. Aunque es posible, sin duda, que las haya, debo admitir que por el momento no se me ha ocurrido ninguna otra.

VII. CONCLUSIONES

Es concebible que un jurista argentino o extranjero, tras leer lo expuesto hasta aquí, llegue a la conclusión de que el problema del enor-

me trabajo de la Suprema Corte argentina fundamentalmente se debe a la falta de previsión del propio tribunal.

Ese jurista imaginario que culpase a la Suprema Corte argentina, y principalmente a ella, por el grave problema que la afecta y que hemos considerado más arriba, se apoyaría, tal vez, en consideraciones como las que siguen:

a) Al abrir la puerta del recurso extraordinario por sentencia arbitraria, que no surge de la letra de la ley 48, sino de la jurisprudencia de la Corte, ésta debió haber previsto que al admitir la descalificación de sentencias por su alegada arbitrariedad iba a verse en el futuro obligada a manejar un estándar sumamente impreciso, bajo el que procurarían cobijarse muchos litigantes derrotados en las instancias inferiores. Esta crítica vale también para el período anterior al uso intensivo del recurso, que, según vimos, comenzó hacia fines de 1955.

b) Al ensanchar, a partir de esta última fecha y de manera cada vez mayor, el radio de acción del recurso por arbitrariedad, la Corte debió haber previsto que casi todos los litigantes vencidos en segunda instancia, o en todo caso un número considerable de ellos, tratarían, perdido por perdido, de tener una oportunidad más ante la Corte, por débil que fuera su posición en la litis, e interpondría, con fundamentos buenos, regulares, pobres o aun paupérrimos, su recurso extraordinario por sentencia arbitraria.

c) Como complemento de lo que acabo de decir, podría reprocharse a la Suprema Corte argentina no haber computado, o no haberlo hecho en medida suficiente, que esos recursos por arbitrariedad, casi seguramente rechazados por los tribunales contra cuyas decisiones fueran interpuestos, desencadenarían los consiguientes recursos de hecho ante la Corte, que podrían alcanzar cifras enormes, en busca del amparo final de ésta, con fundamentos las más de las veces muy escasos.

d) Abriendo un paréntesis para hacer una breve referencia a la doctrina de la gravedad institucional, la otra creación pretoriana de la Corte examinada con algún detalle en este artículo, podría reprobarse a aquélla que al introducir dicho estándar en el caso *Jorge Antonio* no previó, o no lo hizo con la necesaria perspicacia, que la apertura del recurso extraordinario, aun en ausencia del cumplimiento de sus requisitos formales, pondría en manos de legiones de litigantes, muchos de ellos desamparados, una herramienta que les permitiría ampliar, quizá de manera desmesurada, el campo tradicional del recurso extraordinario.

Lo que no sería justo reprocharle a la Corte que decidió el caso *Jorge Antonio* fue no prever la expansión que el recurso extraordinario hubiera tenido de haberse consolidado el criterio, expuesto más de una vez por la Corte presidida por el doctor Gabrielli (1976-83), en el sentido de que la doctrina de la gravedad institucional abría una base autónoma para llegar a la Suprema Corte, independiente de la proporcionada por el requisito de fondo de cuestión federal. No sería justo reprochárselo

porque éste fue un desarrollo fundamentalmente imprevisible que felizmente no cuajó.

e) Por no haber previsto las consecuencias indicadas, todas ellas, salvo la última, de carácter previsible, la Corte se ha visto y se ve inundada de trabajo, al punto de que parece indispensable la sanción de una ley que la saque del atolladero liberándola de las consecuencias dañinas que —concluiría el jurista imaginario— no son sino hijas de su propia imprevisión. (Por ejemplo, una ley que introdujera en nuestro derecho positivo alguna forma adaptada y aceptable del *writ of certiorari*.)

No es fácil, en lo que resta, examinar en detalle los reproches del jurista imaginario, haciendo un balance equilibrado de ellos, para ver en qué medida puede defenderse a la Corte Suprema argentina, si es que se puede hacerlo, de los cargos de ciega imprevisión.

Seguidamente consideraré qué se puede decir en favor de la Corte, sin entrar en ese examen detallado, frente al reproche del jurista imaginario; no sé si para justificarla o quizá meramente para excusarla *vis a vis* la grave imputación que hipotéticamente se le puede hacer. A esos fines formularé dos breves consideraciones de distinto tipo que, estoy persuadido, se suman para dejar a la Suprema Corte argentina relativamente bien parada:

a) Como defensa general de la Corte —defensa de derecho— cabe sostener que la doctrina de la arbitrariedad, si bien no fluye en forma directa de la ley 48, sí puede apoyarse en la garantía constitucional de la defensa en juicio establecida en el artículo 18 de la Constitución nacional argentina. Por ordenado y regular que haya sido un procedimiento judicial hasta el momento inmediatamente anterior a la sentencia que le pone fin, si esta última es manifiestamente caprichosa o carece de suficientes fundamentos de hecho y/o de derecho y, por ello, sólo puede explicársela como «fundada» en la sola voluntad de los magistrados que la dictaron, ese procedimiento judicial es nulo porque remata en un acto, el más importante del proceso, que indudablemente carece de toda validez.

b) Por otro lado, deben tomarse en cuenta las siguientes consideraciones de hecho. En un país tan desmesurado como la Argentina, que presenta agudos desniveles de desarrollo, incluidos los concernientes a la educación y a la aptitud para convivir en armonía, en el que hay veintitantos poderes judiciales cuyos integrantes están crónicamente mal retribuidos y padecen un crónico exceso de trabajo, en un país de esas características, repito, no es demasiado llamativo que con cierta frecuencia se dicten pronunciamientos judiciales claramente arbitrarios, ante los cuales un tribunal como la Suprema Corte de Justicia de la nación no ha podido o sabido encontrar una alternativa mejor que reaccionar como lo ha hecho. Esto es, elaborando la doctrina de la arbitrariedad para poder descalificar pronunciamientos intolerablemente irregulares y liberando al recurso extraordinario de ciertas exigencias for-

males que, en los casos concretos, pueden obstar de manera innecesaria a la reparación de agravios plenamente fundados.

Frente a los dos tipos de consideraciones precedentes no hay que ver mal, en consecuencia, la actitud de la Corte y las dos creaciones pretorianas —arbitrariedad y gravedad institucional— a que me he referido a lo largo de esta exposición. Pero tampoco hay que ver mal que el legislador tome cartas en el asunto, a fin de conservar todo lo que hay de bueno en esas creaciones pretorianas, que no es poco, pero asumiendo la responsabilidad de eliminar o reducir en lo posible lo que el uso excesivo de ellas ha mostrado de negativo en la práctica. Esto es, haber contribuido decisivamente a incrementar el volumen de trabajo de la Suprema Corte a tal punto que ésta no puede, pese a sus mejores deseos, cumplir debidamente con las importantes y delicadas tareas que le confía la Constitución nacional.

VIII. FINAL

Espero que el relato y las consideraciones argumentales que conforman este artículo tengan algún interés, por módico que sea, a los ojos de los juristas argentinos y, también, de juristas extranjeros interesados en el tema general del grado óptimo de eficacia que en la práctica puede alcanzar la protección jurisdiccional de los derechos humanos, sin desatender la sabiduría contenida en la expresión popular que nos recuerda que lo mejor es enemigo de lo bueno.

Creo que la experiencia de la Suprema Corte argentina, caracterizada por el grado de divorcio que se advierte entre las elevadas aspiraciones y los modestos logros de ese tribunal en el área de aquella protección, puede ser una experiencia aleccionadora para los magistrados judiciales, los abogados prácticos y los juristas teóricos de esta y otras latitudes, y no sólo para ellos.

Los lectores que hayan querido o podido llegar hasta aquí —mi vanidad me lleva a creer que ha quedado alguno— estarán ahora al tanto de las peripecias vividas por nuestra Suprema Corte en relación con su ingente carga de trabajo.

Ya casi al final quiero decir que concibo que se pueda argüir que pese a que dicho tribunal ha actuado, sin duda alguna, inspirado por el nobilísimo deseo de tutelar con amplitud y rapidez derechos y libertades constitucionales conculcados, se le puede mostrar que por haber querido llevar a la práctica esos deseos más allá de lo que hubiera aconsejado cierto grado de prudencia, que tal vez no pocos juristas políticamente liberales habrían considerado mezquino, ha llegado a convertirse en algo parecido a un Don Quijote jurisdiccional, inmoderadamente justiciero.

Para concluir diré que me inclino a pensar que peripecias tales como las sufridas por un tribunal como la Suprema Corte argentina pueden concebiblemente afectar, de modo análogo, a tribunales supremos de

Sobre la competencia de la Suprema Corte argentina

otros países que también tengan como misión fundamental amparar libertades y derechos constitucionales considerados hoy como parte de los derechos humanos.

Ese pensamiento, unido a la esperanza de que lo expuesto pueda ser de cierta utilidad a algunos de esos otros tribunales, me han inducido a escribir este artículo, que toca aquí a su fin.

Buenos Aires, agosto de 1989.

