

LEANDRO J. GIANNINI

**EL ‘CERTIORARI’ Y LA JURISDICCIÓN
DISCRECIONAL DE LOS SUPERIORES
TRIBUNALES**

Tesis doctoral



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata

“Lo que es imposible no es del dominio de la política, pertenece a la universidad, o, si es bello, a la poesía” (Juan Bautista ALBERDI).

“El esfuerzo por hacer que la carga de trabajo de la Corte sea manejable, es un poco como cortar las cabezas de una Hydra” (Richard STEVENS)

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO “Introducción”	21
CAPÍTULO SEGUNDO “Concepto y fundamentos del ‘certiorari’ y de los mecanismos de selección a cargo de las cortes supremas”	28
I. Concepto, terminología y clasificación.	28
1) Concepto.....	28
2) Aclaración terminológica.	29
3) Clasificación.....	29
II. La crisis de los Superiores Tribunales de Justicia.	32
III. El debate constitucional.....	38
1) La reglamentación del acceso a la competencia apelada de los Superiores Tribunales.	39
1.1) Límites a la competencia apelada de la Corte Suprema de la Nación.....	40
1.2) Límites a la competencia apelada de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.....	46
2) Revisión de la idea del “derecho” al recurso extraordinario.	53
3) El deber de motivación de las sentencias. Motivación, transparencia y acceso a la información pública.	60
3.1) Introducción.....	60
3.2) Motivación y derecho de defensa. Restricción a la posibilidad de impugnar las decisiones infundadas.....	62
3.3) Motivación y publicidad. Posibilidad constitucional de limitar el deber de fundamentación de las resoluciones sobre admisibilidad adoptadas por los tribunales superiores.....	64
3.4) Motivación y transparencia. Posibilidad de mejorar la transparencia en el uso del ‘certiorari’, sin agravar sustancialmente la carga de motivación.....	67

4) Igualdad ante la ley (tratamiento igualitario de casos).....	72
5) Jurisprudencia: control constitucional y convencional del ‘certiorari’.....	78
5.1) La Corte Suprema y la constitucionalidad del art. 280 del CPCN.....	78
5.2) La Corte Europea de Derechos Humanos y los filtros europeos.....	87
IV. Sobre la discrecionalidad en la selección de causas. Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.....	91
1) Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.....	91
2) Conclusión. Opción terminológica.....	103
V. Recapitulación. Síntesis de los primeros pasos de la exposición.....	109
VI. La utilización teleológica del ‘certiorari’.....	111
VII. Otros instrumentos de descongestión.....	114
1) Introducción.....	114
2) Quid del número de jueces y de la división en salas.....	115
2.1) Antecedentes.....	115
2.2) Evaluación de “eficiencia”.....	123
3) Atribución de competencia decisoria a jueces “monocráticos” en tribunales colegiados.....	131
4) Tratamiento de casos repetitivos.....	133
5) Fortalecimiento de la jurisprudencia de los superiores tribunales.....	138
CAPÍTULO TERCERO “La selección ‘discrecional’ de casos por los superiores tribunales en el derecho comparado”.....	142
I. Introducción.....	142
II. El ‘writ of certiorari’ en los EEUU.....	144
1) Introducción.....	144
2) La Suprema Corte de los Estados Unidos. Competencia, funciones, organización y estructura.....	146

2.1) Funciones.	146
2.2) Competencia.	147
a) Competencia originaria.....	148
b) Competencia apelada.	151
2.3) Organización y estructura.	161
2.4) Estadística.....	164
3) El ‘writ of certiorari’ y la selección de casos por parte de la Suprema Corte. ...	167
3.1) Antecedentes.....	167
3.2) La Regla 10 de las ‘Supreme Court Rules’. Criterios para la determinación de la trascendencia de un caso.....	172
3.3) Estudios empíricos. Criterios formales e informales que definen la trascendencia de un asunto.	176
3.4) Funcionamiento del ‘certiorari’. Procedimiento para la decisión.	181
a) Generalidades.....	181
b) El ‘certiorari pool’.	184
c) El listado de discusión (‘discuss list’)	187
d) Decisión. La “regla de los cuatro” (‘rule of four’) y la práctica del ‘join three vote’. Concesión parcial.....	188
e) Denegación sobreviniente por inadecuada valoración al momento de la concesión (‘digging’).	190
4) El <i>writ of certiorari</i> ante los Superiores Tribunales estatales de los EEUU.	192
III. Reino Unido.....	199
1) Antecedentes históricos (síntesis). De la ‘Judicial House of Lords’ a la nueva Suprema Corte del Reino Unido.....	200
2) La Suprema Corte del Reino Unido. Integración y funcionamiento.	206
3) Competencia y trámite.	208
3.1) Competencia.	208

3.2) Trámite.....	211
4) La selección de casos en la Suprema Corte del Reino Unido. El “permiso para apelar” (<i>permission to appeal</i>).....	215
IV. Alemania.....	221
1) El recurso de revisión ante Tribunal Federal de Justicia (BGH): el requisito del “significado fundamental” de las cuestiones debatidas.....	221
2) Competencia apelada del Tribunal Federal Constitucional: la necesidad de que el asunto sea “constitucionalmente significativo” como presupuesto de admisión del recurso de amparo.....	226
V. Italia.....	228
1) Introducción.....	228
2) El recurso de casación en Italia (nociones generales).....	229
2.1) La Corte Suprema di Cassazione.....	230
2.2) Resolución recurrible y causales del recurso de casación.....	234
2.3) Técnica recursiva.....	241
2.4) Procedimiento.....	242
2.5) Sentencia y reenvío.....	247
2.6) El recurso en el “interés de la ley” y el “principio de derecho”.....	249
3) El debate sobre el modelo de casación en Italia (perspectivas actuales sobre el <i>ius constitutionis</i> y el <i>ius litigatoris</i>).....	250
4) El llamado “filtro” ante la Casación.....	255
4.1) Introducción.....	255
4.2) El ‘filtro’ en Casación: causales de aplicación.....	258
4.3) Procedimiento y organización: la “sección filtro”.....	260
4.4) El régimen de ‘motivación simplificada’.....	263
VI. Francia.....	265
1) Introducción.....	265

2) La Corte de Casación en la actualidad.....	267
2.1) Encuadre institucional	267
2.2) Estructura y organización.....	267
2.3) Los ‘avocats aux Conseils’ y la oficina de asistencia legal (‘bureau d’aide juridictionnelle’).....	272
2.4) Datos estadísticos.....	276
3) El recurso de casación en Francia (naciones generales).....	277
3.1) Resolución recurrible y causales del recurso de casación	278
3.2) Procedimiento y técnica impugnativa.....	286
3.4) El recurso “en el interés de la ley”.....	294
4) Nomofilaxis preventiva: la ‘ <i>saisine pour avis</i> ’.....	295
5) El ‘filtro’ y otros mecanismos de descongestión en la casación francesa.	296
5.1) Introducción.....	296
5.2) El ‘filtro’ en la casación francesa (2001).....	299
a) Generalidades.....	299
b) Antecedentes.....	300
c) Causales.	302
d) Procedimiento y decisión de “no-admisión”. Quid de la ausencia de motivación.....	307
e) El ‘filtro’ francés ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Control de convencionalidad del “procedimiento de no-admisión”.....	309
f) Estadística sobre el uso del filtro en la casación francesa.....	313
VII. España.	314
1) Introducción.....	314
1.1) Importancia.....	314

1.2) Aclaración liminar.....	315
2) El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.....	317
2.1) El Tribunal Constitucional. La ‘trascendencia’ como requisito de admisibilidad del recurso de amparo.....	318
2.2) El Tribunal Supremo español.	324
3) El recurso de casación en España (notas generales). Ley nº1/2000 de Enjuiciamiento Civil.	325
3.1) Introducción.....	325
3.2) Causales de procedencia. La dualidad “recurso de casación” y “recurso extraordinario por quebrantamiento de formas”.	326
a) Generalidades	326
b) Motivos de procedencia del ‘recurso extraordinario por infracción procesal’.	329
c) Motivos de procedencia del ‘recurso de casación’.	332
3.3) Procedimiento.	339
3.4) El “recurso en interés de la ley”.	340
4) El interés casacional.....	341
a) Notas generales.....	343
b) Parámetros que definen el ‘interés casacional’.....	346
c) La primera interpretación “restrictiva” de la Sala I del Tribunal Supremo (2000).....	349
d) La reforma de la ley 37/2011 y la nueva reglamentación del Tribunal Supremo. Recuperación del sentido original del “interés casacional”.....	354
VIII. Brasil.....	355
1) Introducción.....	355
2) Breve panorama de los “recursos excepcionales” en Brasil. El recurso especial y el recurso extraordinario.....	355

2.1) Particularidades del régimen federal brasileño.	356
2.2) Sistemática de los recursos ante los Superiores Tribunales. Recurso especial y recurso extraordinario.	357
3) Antecedentes de la repercusión general. La ‘arguição de relevância’.....	362
4) La ‘repercussão geral’ en el recurso extraordinario ante el Superior Tribunal Federal (STF) de Brasil.	365
4.1) Generalidades.....	365
4.2) Configuración de la repercusión general.....	368
4.3) Procedimiento para la determinación de la repercusión general. Mayoría agravada para desestimar el recurso extraordinario.	370
4.4) Motivación, publicidad y estadísticas.....	375
IX. Colombia.....	381
X. Sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos ¿Posee la Comisión I.D.H. dispositivos ‘discrecionales’ de selección de causas?.....	385
CAPÍTULO CUARTO “Antecedentes en el derecho nacional.	391
El recurso extraordinario federal y el ‘certiorari’	391
ante la Corte Suprema Justicia de la Nación”	391
I. Introducción	391
II. Panorama del recurso extraordinario federal.	392
III. Antecedentes del ‘certiorari’ nacional.....	398
1) Proyecto Hardoy (1939).....	399
2) Proyecto López Serrot (1959)	403
3) Proyecto Vanossi (1982)	407
4) La Comisión de Reformas de la Ley 48 y el Proyecto de Secretarios de la CSJN (1984).....	409
5) Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación (1987)	414
6) Trámite y sanción de la ley 23.774 (1990). Debate parlamentario.	420

6.1) El proyecto del Poder Ejecutivo.	420
6.2) Opinión de la Corte Suprema. La Acordada 44/89.....	423
6.3) Trámite parlamentario. Cámara de Senadores.....	430
6.4) Trámite parlamentario (cont.): Cámara de Diputados.....	442
6.5) Conclusiones sobre el debate parlamentario.....	449
7) Proyectos de derogación y reforma del art. 280 del CPCN (conf. ley 23.774)	451
IV. Dogmática del ‘certiorari’ nacional. Análisis del art. 280 del CPCN.....	457
1) Ámbito de aplicación: competencia recursiva extraordinaria (no para el recurso ordinario de apelación ante la CSN).....	458
2) Alcances de la ‘discrecionalidad’ conferida por el art. 280 del CPCN a la Corte Suprema.....	460
2.1) Introducción.....	460
2.2) La discrecionalidad parcial del art. 280 del CPCN.....	461
2.3) La interpretación explicitada en algunos precedentes de la CSJN. El presunto carácter “imperativo” del recaudo de trascendencia (“deber” de desestimar asuntos intrascendentes).	465
2.5) La “sana” discreción de la Corte. Respeto a los principios de igualdad y transparencia (remisión).....	468
3) Causales de aplicación del art. 280 del CPCN.....	470
3.1) Generalidades	470
a) Posibilidad de deslinde de las causales.	471
b) La verdadera innovación de la ley 23.774: inclusión de la trascendencia como parámetro de admisión del recurso extraordinario.....	472
3.2) Cuestiones federales insustanciales.	474
3.3) Cuestiones federales insuficientes.	482
3.4) Cuestiones intrascendentes.....	486

a)	Introducción. La trascendencia y los roles institucionales de la Corte Suprema.	487
b)	Control constitucional. La Corte Suprema como custodio e intérprete final de la Constitución Nacional.	489
c)	Casación de derecho federal. Alcances de la función uniformadora de la Corte Suprema.	490
d)	La Corte Suprema como tribunal de garantías constitucionales. La defensa del ‘ius litigatoris’ a cargo de la CSN (función axiológica).	492
e)	La Corte como “cabeza” del Poder Judicial.	494
f)	Heterogeneidad de los roles de la Corte Suprema. Variabilidad de los parámetros. Importancia.	497
g)	Primer requisito para definir la ‘trascendencia’: idoneidad del caso para que la Corte cumpla uno de sus roles institucionales (pertinencia institucional).	501
h)	Segundo requisito para definir la ‘trascendencia’: repercusión general de las cuestiones debatidas. Distinción entre trascendencia y gravedad institucional. Trascendencia ‘de los casos’ y trascendencia ‘de las cuestiones’.	502
i)	Cuestiones intrascendentes, discrecionalidad y verosimilitud. El ‘certiorari’ y la doctrina de la arbitrariedad.	510
j)	¿Puede el ‘certiorari’ ser utilizado como instrumento para ‘definir’ el rol institucional de la Corte (y no sólo para concentrar su actividad en los roles ya determinados)?	517
4)	¿Se trata de requisitos de admisibilidad?	520
5)	Motivación de la resolución.	526
6)	Quid del ‘certiorari’ positivo.	528
6.1)	Introducción. Aclaración terminológica.	528
6.2)	‘Certiorari’ positivo y gravedad institucional.	529

6.3) Jurisprudencia.....	531
6.4) Crítica.	536
V. Dinámica del ‘certiorari’. El proceso de decisión de la Corte para la aplicación del art. 280 del CPCN. Estadística.	538
1) Cómo trabaja la Corte Suprema de la Nación.	538
2) Estadística.....	547
CAPÍTULO QUINTO “Antecedentes en el derecho nacional (cont.). El ‘certiorari’ en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en Tierra del Fuego”	562
I. El ‘certiorari’ en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	562
1) Introducción.....	562
2) Dogmática del ‘certiorari’ porteño (art. 30 de la ley 402).	563
II. El ‘Certiorari’ en Tierra del Fuego	570
III. Proyecto de incorporación del ‘certiorari’ en Río Negro.....	571
CAPÍTULO SEXTO “El ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires	573
¿Hacia una reformulación de la casación local?”	573
I. Introducción.....	573
II. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Competencia, organización y funcionamiento (panorama).....	581
1) Competencia.	581
2) Estructura y organización.....	586
3) Cómo trabaja la Suprema Corte.	588
4) Estadística.....	595
III. Antecedentes del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires.....	599
1) La frustrada reforma constitucional de 1989/1990.....	600
2) Primer proyecto de la Suprema Corte (1995).....	602

3) Segundo proyecto de la Suprema Corte. Propuesta de reforma al Código Procesal Penal (1996).....	605
4) Tercer proyecto de la Suprema Corte.	606
4.1) Proyecto original.....	606
4.2) Fundamentos.	608
4.3) Críticas y réplica.....	609
4.4) Trámite parlamentario.	611
5) Trámite y sanción de la ley 12.961. Primera versión del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires.	613
6) Trámite y sanción de la ley 13.812. Segunda versión del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires.	623
7) Una reforma estructural relevante. La supresión de la Secretaría de Actuación de la SCBA. Impacto en la dinámica del ‘certiorari’ local.	632
IV. Dogmática del ‘certiorari’ local. Análisis del art. 31 bis de la ley 5827. Causales o motivos que habilitan su aplicación.....	634
1) El texto vigente. Ubicación sistemática.	634
2) Oportunidad para su ejercicio. ‘Quid’ de la preclusión.	636
2.1) Generalidades.....	636
2.2) ‘Quid’ de la preclusión en la aplicación del ‘certiorari’.....	637
2.3) Otro límite temporal para la aplicación del art. 31 bis de la LOPJ. El acogimiento del recurso en casos “sustancialmente análogos”. Necesidad de respetar el principio de bilateralidad o contradicción.....	644
2.4) Hipótesis en las que se prevé vista o intervención previa a resolver. Vista al Procurador General. Derecho del menor a ser oído.....	645
a) Quid de la intervención del Ministerio Público. Vista al Procurador General.....	646
b) Derecho del menor a ser oído: incidencia en la oportunidad para aplicar el ‘certiorari’.....	650

3) Recursos extraordinarios alcanzados por el ‘certiorari’. Cuestión constitucional (remisión). El ‘certiorari’ y el recurso de queja.....	653
3.1) Recursos extraordinarios alcanzados. Remisión.....	653
3.2) El ‘certiorari’ y el recurso de queja.	653
4) Causales.....	658
4.1) Notas introductorias. Clasificación.	658
4.2) Ausencia de requisitos esenciales.....	660
a) Configuración de la causal.	660
b) Motivación.....	663
4.3) Fundamentación insuficiente.	664
a) Generalidades	664
b) Supuestos de insuficiencia.	664
d) Insuficiencia, improcedencia e intrascendencia. Necesidad de un adecuado deslinde.....	670
4.4) Casos sustancialmente análogos.	673
a) Generalidades	673
b) Configuración. Paralelo con las “cuestiones federales insustanciales”	674
c) Casos análogos y doctrina legal (distinción). Quid de la estabilidad o reiteración de la jurisprudencia y de la materia sobre la que debe versar la misma.....	676
d) La “analogía” necesaria para la aplicación del dispositivo.	681
e) La posibilidad de sortear el uso negativo del ‘certiorari’ alegando fundamentos novedosos o relevantes para revertir la doctrina precedente.....	690
f) Motivación.....	693
g) Especial utilidad del instrumento en temas repetitivos resueltos con discrepancias internas.....	694

4.5) Cuestiones insustanciales.....	697
a) Técnica legislativa: ¿es una causal redundante o tiene autonomía?	697
b) Cuestión insustancial y resolución en casos análogos (remisión).	699
c) Cuestión insustancial y fundamentación insuficiente.	700
d) Cuestiones insustanciales y cuestiones intrascendentes.	700
e) Cuestiones insustanciales y ausencia de recaudos esenciales. Cuestiones abstractas.	703
f) Autonomía de las “cuestiones insustanciales” en el elenco del art. 31 bis de la ley 5827.....	703
4.6) Un motivo frecuente de encuadre dudoso: la desestimación basada en la ajenidad de los motivos articulados respecto del recurso deducido.....	707
4.7) Cuestiones intrascendentes.	711
a) La trascendencia y el rol institucional de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.	715
b) Control constitucional (local y federal) de última instancia en la Provincia de Buenos Aires.	718
c) La función nomofiláctica de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.	720
d) La función uniformadora de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.	722
e) La función axiológica de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. La defensa del ‘ius litigatoris’ en la casación local. Doctrina del Absurdo.	726
f) Heterogeneidad de las funciones. Variabilidad de los parámetros.	731
g) Presupuestos para la configuración de una cuestión de trascendencia casacional. ‘Pertinencia institucional’ y ‘repercusión general’.	733
h) Cuestiones intrascendentes y discrecionalidad. Los parámetros de “verosimilitud” y de necesidad de dirimir una “cuestión”	

intrascendente, para resolver un “caso” trascendente. El ‘certiorari’ provincial y la doctrina del absurdo.	737
i) El filtro de trascendencia frente a la presencia de cuestiones federales. El ‘certiorari’ provincial y la doctrina “Strada - Di Mascio”.....	742
5) ¿Se trata de requisitos de admisibilidad?	746
6) Motivación.....	749
7) Certiorari “positivo”.	755
7.1) Introducción.....	755
7.2) Alcances del “certiorari positivo” en la Provincia de Buenos Aires.....	756
a) Requisitos de admisibilidad afectados por el ‘certiorari’ positivo (Pcia. de Bs. As.).....	756
b) Causales del ‘certiorari’ positivo (Pcia. Bs. As.). Excepcionalidad. Jurisprudencia.....	757
7.3) Certiorari positivo y gravedad institucional en la Provincia de Buenos Aires.....	766
7.4) Técnica recursiva. Remisión.....	769
8) Esquema general: la admisibilidad de los recursos extraordinarios, según su trascendencia “cualitativa” y “cuantitativa”.....	769
9) Técnica recursiva. Carga de demostración de la trascendencia.....	771
9.1) Generalidades: ¿Es necesario alegar y demostrar la trascendencia de las cuestiones articuladas en el recurso?	771
9.2) Particularidad del ‘certiorari’ positivo.	774
10) Forma y recurribilidad de la sentencia que aplica el ‘certiorari’. Quid de la forma de acuerdo y voto individual. Recursos de aclaratoria, revocatoria y recurso extraordinario federal.	775
10.1) Aclaratoria.	776
10.2) Revocatoria.	778

10.3) Recurso extraordinario federal.....	783
11) Estadística sobre el uso del art. 31 bis de la ley 5827. El ‘certiorari’ local en números.....	787
a) Fallos sobre ‘certiorari’ (2011 – junio 2012): distinción entre “sentencias” y “resoluciones interlocutorias”.....	788
b) Distinción según la materia involucrada.....	789
c) Distinción según la materia, tipo de recurso deducido y causal de ‘certiorari’ involucrada.....	790
V. Hacia una reformulación de la casación y control constitucional de última instancia provincial. Parámetros para la utilización de del recaudo de “trascendencia”.....	796
1) Planteo.....	796
2) Los criterios tradicionales de limitación de la competencia casatoria de la Suprema Corte. Influencia del art. 31 bis de la ley 5827.....	798
2.1) Introducción.....	798
2.2) Importancia del art. 31 bis de la ley 5827 para un manejo adecuado de distinción entre cuestiones de hecho y de derecho. La revisión en casación de la aplicación conceptos jurídicos indeterminados.....	800
a) Notas preliminares.....	800
b) Sobre el distingo entre cuestiones de hecho y de derecho. La aplicación de ‘estándares’ o ‘conceptos jurídicos indeterminados’ como cuestión de derecho.....	801
c) Influencia del art. 31 bis de la ley 5827. Recuperación de una adecuada sistematización sin potenciar la sobrecarga de trabajo.....	806
3) Hacia un cambio de modelo. Selección de asuntos de conformidad con su trascendencia casacional. Pautas para la aplicación de los parámetros estudiados.....	812

3.1) Pertinencia institucional: ‘quid’ de la jerarquía de las funciones de la Suprema Corte.	815
3.2) Repercusión general: criterios generales para valorar el grado de repercusión de las diversas variantes de actuación de la Suprema Corte.	819
a) Control constitucional: la inconstitucionalidad “facial” de una norma y la inconstitucionalidad “dependiente de las circunstancias del caso concreto”.	820
b) Control constitucional (cont.). ‘Interpretación’ y ‘custodia’ de la Constitución.	825
c) Función nomofiláctica: la casación enfocada “al futuro” o “al pasado”.	828
d) La función uniformadora: “definición” y “respeto” de la doctrina legal.	838
e) Función axiológica y custodia del ‘ius litigatoris’: Criterio de verosimilitud fáctica y jurídica (remisión).	842
f) Función axiológica y custodia del ‘ius litigatoris’ (cont.): criterio de la revisión de cuestiones carentes de repercusión general, necesarias para resolver un problema de derecho trascendente. Las ‘cuestiones’ intrascendentes necesarias para resolver un ‘caso’ trascendente.	843
VI. Otras propuestas de reforma para un mejor funcionamiento de la Casación en la Provincia de Buenos Aires.	847
1) Necesidad de exteriorizar los parámetros para juzgar la trascendencia de las cuestiones en los términos del art. 31 de la ley 5827.	847
2) Modificaciones de trámite.	851
a) Sustanciación de los REX previa a la concesión y elevación.	851
b) Junto con el examen de admisibilidad, certificación por parte del ‘a quo’ de la presencia de cuestiones de derecho respecto de las cuales corresponda a la SCBA sentar doctrina legal.	855

c) Tratamiento de casos repetitivos.....	855
d) División en salas a efectos de resolver asuntos intrascendentes admitidos discrecionalmente por la Corte.	857
CAPÍTULO SÉPTIMO “Conclusiones”	860
ABREVIATURAS	868
ÍNDICE DE AUTORES CITADOS.....	871

CAPÍTULO PRIMERO

“Introducción”

La presente investigación tiene por objeto analizar los mecanismos de selección de causas vigentes ante los superiores tribunales de justicia, con especial detenimiento en el denominado ‘certiorari’ argentino, instituto previsto tanto en el ámbito de actuación de la Corte Suprema de la Nación (art. 280, CPCN), como en el de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis, ley 5827 –conf. ley 13.812-), como uno de los instrumentos destinados a perfeccionar el cumplimiento del rol institucionalmente asignado a dichos cuerpos jurisdiccionales.

Es claro que la problemática de los tribunales ubicados en el vértice del sistema jurisdiccional no se agota en estudio del *certiorari* ni en la implementación de mecanismos que en mayor o menor medida autoricen a las Cortes a discernir la cantidad y calidad de los asuntos sometidos a su juzgamiento. Por más que la desgastante congestión de causas casi universalmente padecida por estos cuerpos supremos constituya una patología que corroe profundamente su funcionamiento y afecta directamente el prestigio que indispensablemente están llamados a tener en un sistema democrático, lo cierto es que ceñir toda pretensión de corrección de dicho rumbo en la consagración de mecanismos de selección “discrecional” de casos constituye una ingenuidad que debe ser evitada.

Intentaremos demostrar que la implementación de esta clase de filtros en la justicia de última instancia, se presenta en la mayoría de los casos como un paso *necesario pero no suficiente* para perfeccionar los cometidos a los que aquéllas están llamadas a responder.

Es por ello que comenzamos caracterizando al *certiorari* como un “instrumento”, es decir, como un dispositivo que facilita la obtención de *propósitos trascendentes*. Dichos fines superiores a los que el instituto bajo examen queda subordinado, deben ser precisados adecuadamente por cada uno de los máximos tribunales, de modo de evitar caer en el error que cometería quien, dotado repentinamente de un juego de herramientas, se lanzara a martillar, taladrar, erigir y demoler paredes, sin haber proyectado la obra a la que dichas tareas deben estar preordenadas, o –lo que es igualmente censurable- sin respetar el diseño ya trazado a tal efecto.

Es decir, que cuando una Corte resuelve aplicar criterios cualitativos de admisibilidad para acotar su tarea, debe explorar con intensidad sus cometidos institucionales para garantizar a la sociedad que en dicha faena (es decir, al *decidir qué casos decidir*) ajustará la selección mediante parámetros que le permitan perfeccionar el ejercicio de tales roles fundamentales. Deberá, entonces, determinar razonablemente dichas pautas, explicitarlas a la ciudadanía y respetarlas en el futuro.

Este primer enfoque teleológico del ‘certiorari’, sobre el que insistiremos en más de una oportunidad en el curso de la presente investigación, constituye un pilar central de la tesis postulada. El triunfo de esta concepción, por otra parte, impactará fructíferamente en la dinámica de selección de los superiores tribunales, teniendo presente –con SÉNECA- que “nunca solpan vientos favorables para quien no sabe adonde va”.

Ahora bien, cuando el cuerpo cimero respectivo cuenta con una trayectoria dilatada (como ocurre en nuestro país con la Corte Suprema de la Nación o con la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires), el problema se profundiza.

En tales casos, no se trata sólo de determinar los objetivos del órgano en abstracto, sino de conocer acabadamente cómo y en qué trabaja el mismo al momento de incorporar esta clase de arbitrios (o de decidir potenciar su aplicación a través de una utilización teleológica, es decir, orientada a la consecución de fines que van más allá de la descongestión en sí misma). De este modo, será posible estimar la proyección del instituto en la realidad concreta de un superior tribunal en funcionamiento.

Nuestro plan expositivo abarcará tres grandes grupos temáticos.

En la primera parte, que comprende los tres capítulos iniciales, se desarrollarán aspectos generales del ‘certiorari’ y de los mecanismos de selección acordados a las cortes supremas. En tal sentido, luego de la presente introducción (capítulo primero), se analizarán los fundamentos del instituto (capítulo segundo) y sus antecedentes en el derecho comparado (capítulo tercero).

La segunda parte estará dedicada fundamentalmente al estudio del régimen nacional, consagrado en el ámbito del recurso extraordinario federal (capítulo cuarto). Estudiaremos allí los antecedentes del art. 280 del CPCN, su dogmática (ámbito de aplicación, alcances de la discrecionalidad conferida por el dispositivo citado, causales que habilitan su utilización, el *quid* motivación, etc.). Inmediatamente después (capítulo

quinto), se realizará un breve panorama de previsiones del género contenidas en otras jurisdicciones del país, como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. art. 30, ley 402) y Tierra del Fuego (art. 293, CPC).

La tercera parte (capítulo sexto) está dedicada al estudio del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires, examinando también sus antecedentes, su ámbito de aplicación, las causales o motivos que autorizan a emplearlo y, especialmente, la incidencia del mismo como parámetro de reformulación de la casación local, sin perder de vista el rol que un superior tribunal estadual como la SCJBA está llamado a cumplir en el sistema federal argentino.

Tres hipótesis fundamentales buscan ser demostradas en esta investigación.

1) *Primera hipótesis (análisis constitucional y convencional)*

La primera de ellas, se refiere al debate constitucional de los mecanismos de selección examinados. Se trata de un tópico ampliamente discutido en la doctrina, que ha planteado fuertes embates contra la validez supralegal del ‘certiorari’ en nuestro país.

En este punto, la hipótesis consiste en afirmar la *constitucionalidad y convencionalidad de la normativa que consagra esta potestad en cabeza de las cortes supremas, permitiéndoles decidir qué casos serán dignos de una sentencia de mérito*. La definición demandará analizar los diversos aspectos comprometidos en dicho dilema constitucional, como son: i) la atribución del legislador para restringir o limitar la competencia apelada de las cortes supremas (tema más sencillo de resolver en la órbita nacional que en el de la Provincia de Buenos Aires); ii) la posibilidad de obtener la finalidad deseada (perfeccionamiento del rol institucional de tales cuerpos de justicia mediante la descongestión de su agenda), por otros medios menos radicales; iii) la viabilidad supralegal de reducir (hasta casi suprimir en algunos casos) el deber de motivación de las sentencias; iv) la posibilidad de conciliar el reconocimiento de una atribución discrecional en la órbita judicial con el principio de legalidad, etc.

Ahora bien, dicha tesitura inicial (constitucionalidad del régimen normativo aludido) no es óbice para dejar articuladas ciertas hipótesis secundarias pero significativas, que funcionan como reservas necesarias frente a la definición anterior y que están asociadas con el modo en que dicha selección tiene lugar en la praxis.

En tal sentido, se procurará demostrar que los siguientes reparos deben ser tenidos en consideración para garantizar un *ejercicio constitucionalmente aceptable de la herramienta*:

a) Respecto del delicado problema de la *motivación*, se reconoce que *la limitación extrema del recaudo constitucional de fundamentación de las sentencias judiciales es razonable, siempre que se garantice por los mejores medios disponibles a tales efectos, la transparencia del proceso*. En ese orden de consideraciones, se parte de la idea de que la motivación no es el único resorte mediante el cual puede satisfacerse el postulado de transparencia. Por lo que un tribunal superior que tenga a su disposición un instrumento para “decidir qué casos decidir”, sin necesidad de desarrollar los fundamentos de su elección en cada caso, debe, entre otras medidas tendientes a garantizar aquella transparencia: i) identificar al menos la causal de ‘certiorari’ a la que responde la resolución desestimatoria del recurso extraordinario (práctica ausente en los estrados de la Corte Suprema e impuesta normativamente en el régimen de la Provincia de Buenos Aires); ii) brindar elementos de acceso público a la información relevante sobre los antecedentes tenidos en cuenta por dichos tribunales en la terea de selección (vg., enunciación general de los parámetros utilizados para medir la trascendencia de un asunto o para admitir discrecionalmente recursos que versen sobre cuestiones intrascendentes; sistematización y difusión de las decisiones relativas a la aplicación del “filtro”, para que puedan conocerse con más precisión los antecedentes de cada litigio admitido o inadmitido, etc.).

b) La segunda reserva que será desarrollada, se asocia igualmente con la dinámica misma del poder de selección estudiado.

Admitiéndose que el legislador pueda reconocer a un tribunal superior la posibilidad de decidir qué casos decidir sobre la base de parámetros flexibles como la trascendencia o, incluso, se habilite el ejercicio de poderes discrecionales en la materia, dicha atribución debe ser ejercida con *respeto del principio de igualdad*, es decir, sin discriminar injustamente los casos que buscan abrirse paso ante los tribunales de última instancia (arts. 16 de la Const. Nac.; 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Dicho reparo demanda un delicado análisis por parte de la corte, según lo explicaremos oportunamente (*infra*, capítulo segundo, par. III, ap. 4]).

2) *Segunda hipótesis (análisis de la discrecionalidad reconocida por los filtros vigentes en nuestro país).*

La segunda hipótesis central de trabajo de esta investigación se relaciona con los alcances de la llamada “jurisdicción discrecional” de las cortes supremas en nuestro país.

En tal sentido, intentaremos demostrar que los filtros de selección vigentes tanto en la órbita federal (art. 280, CPCN) como en la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis ley 5827), sólo acuerdan a los máximos tribunales de cada jurisdicción *potestades parcialmente discrecionales*.

La aludida definición requerirá distinguir la discrecionalidad propiamente dicha, de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, al menos como categorías útiles para explicar la distinta aproximación que los jueces tienen frente a una y otra tarea.

Una vez aclarada la terminología a utilizar en este ámbito, será necesario profundizar en la regulación propia del ‘certiorari’ vernáculo, para descubrir hasta qué punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, se enfrentan a un problema de aplicación de un estándar flexible como la “trascendencia” y desde qué momento cuentan con atribuciones discrecionales *stricto sensu*, que les den libertad para determinar ellas mismas las pautas a través de las cuales procederán a escoger las causas a resolver en el fondo.

La hipótesis específica a demostrar en este punto es que el ‘certiorari’, tal como se encuentra regulado en nuestro país (arts. 280, CPCN; 31 bis, ley 5827), combina ambas formas de actuación: por un lado, impone a los superiores tribunales la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados (típicamente: definir qué es una cuestión “trascendente”); y, por el otro, les reconoce potestades discrecionales *stricto sensu*, al momento de decidir la admisibilidad de recursos que portan cuestiones “intrascendentes” (en este caso, les es permitido determinar autónomamente las pautas de selección que utilizará, sin atenerse estándares establecidos primariamente por el legislador).

3) *Tercera hipótesis (compuesta): determinación de los parámetros a tener en cuenta para juzgar la trascendencia de un asunto y para admitir cuestiones intrascendentes.*

Es así que se llega al tercer problema fundamental abordado en este trabajo, referido a la definición de los parámetros a tener en cuenta para: a) juzgar la trascendencia de un asunto; y b) admitir discrecionalmente recursos en los que se articulen cuestiones intrascendentes.

a) La primera hipótesis a verificar en este ámbito, se refiere entonces a las *pautas definitorias* de aquello que corresponde considerar una *cuestión “trascendente”* a los efectos del recurso extraordinario federal o de sus homólogos locales.

En tal sentido procuraremos demostrar que para que un asunto satisfaga dicha condición, debe poseer dos notas fundamentales: i) la primera es su “pertinencia institucional”, esto es, la aptitud del caso para que, al ser resuelto en el fondo, coloque al máximo tribunal federal en ejercicio de alguna de sus misiones fundamentales; ii) la segunda nota es la “repercusión general”, denominación con la que identificaremos a la idoneidad de la cuestión debatida para expandir sus efectos, directa o indirectamente, sobre una porción relevante de la comunidad.

b) La segunda hipótesis presentada en esta parcela de la investigación se refiere, como fuera anticipado, a la identificación de los parámetros a tener en cuenta, no ya para definir qué es una cuestión trascendente, sino para admitir discrecionalmente recursos que porten cuestiones “intrascendentes”

En este punto, la hipótesis principal a desarrollar consiste en identificar dos parámetros fundamentales como las reglas imperantes en esta instancia del examen (es decir, una vez reconocida la intrascendencia de los temas a abordar y lanzados a buscar pautas que permitan determinar qué casos pueden ser admitidos por el órgano superior).

En primer lugar, la “verosimilitud del planteo” o “perspectiva real de éxito de la impugnación”. Dicho factor se presenta, como veremos, como el principal estándar para justificar la decisión del máximo tribunal de tratar cuestiones que sólo atañen al *ius litigatoris*, sin hacer lo mismo en la totalidad de los asuntos carentes de repercusión general.

En segundo lugar, se analizará el parámetro adicional de la “necesidad” de dirimir cuestiones intrascendentes como condición necesaria para pronunciarse sobre tópicos relevantes.

4) *Contexto de aplicación.*

En modo alguno las definiciones precedentes están pensadas para satisfacer pruritos meramente académicos o para llevarnos a navegar en disquisiciones puramente ateneístas.

Los ajustes conceptuales propuestos pretenden transformarse en instrumentos para la modificación de la realidad, ya que se busca con ellos perfeccionar un rasgo de la actuación de los superiores tribunales en el que abundan las críticas y se hace explícita la insatisfacción de los operadores¹. Echando luz sobre los problemas fundamentales que exhibe el tortuoso ejercicio de la discrecionalidad en la selección de las causas llevadas a conocimiento de las cortes supremas, es posible fomentar un desempeño institucional más fructífero y transparente, tanto de la herramienta analizada, como de las funciones desempeñadas por dichos cuerpos jurisdiccionales. Es que, según lo explicaremos oportunamente, no sólo el proceso de selección, en sí mismo considerado, se ve afectado por las ideas que aquí se desarrollan. Muchos otros aspectos del control constitucional de última instancia y de la casación de derecho federal, común o local imperantes en nuestro país, también quedarán alcanzados por las proposiciones contenidas en la investigación.

Queda de este modo anticipado nuestro cometido, al que dedicaremos la siguiente exposición.

¹ Valga recordar las palabras de MORELLO, uno de los precursores de la implantación del 'certiorari' en nuestro país, al describir el sinsabor de los justiciables frente a la dura respuesta plasmada en la tradicional fórmula del art. 280 del CPCN: "Pienso que los abogados nos vamos 'entendiendo' con esa (desagradable) realidad, cuyo arbitrio absoluto y secreto, opera por medio de un artificio singular: la norma de la ley 23.774 – que para la Corte y no por cierto para el recurrente ni su abogado- constituyó una solución 'genial'" (MORELLO, Augusto M., *Admisibilidad del recurso extraordinario (El 'certiorari' según la Corte Suprema)*, Platense, 1997, p. 2).

CAPÍTULO SEGUNDO

“Concepto y fundamentos del ‘certiorari’ y de los mecanismos de selección a cargo de las cortes supremas”

I. CONCEPTO, TERMINOLOGÍA Y CLASIFICACIÓN.

1) Concepto.

Esta investigación está dedicada al estudio de los *instrumentos por los cuales se reconoce a un tribunal superior la potestad de seleccionar cualitativamente los recursos sobre los cuales emitirá pronunciamiento de mérito*. En nuestro país, dichos mecanismos de selección han sido receptados fundamentalmente a través de la figura del ‘certiorari’, en el que concentraremos nuestra atención, y de la doctrina de la gravedad institucional.

El concepto así delineado engloba tanto las variantes “negativas” del fenómeno de selección (es decir, las que culminan en el rechazo del embate), como las “positivas” (que implican la autorización para que la Corte admita impugnaciones que, de conformidad con los parámetros “rígidos” establecidos por el legislador –vg., definitividad de la sentencia, *suma gravaminis* o valor del litigio, etc.- no serían posibles de abordaje en la cima de la jurisdicción).

La definición adoptada también permite comprender en sus limbos a la mayoría de los motivos que, tanto en el derecho nacional (local y federal) como en el comparado, habilitan la utilización de esta clase de dispositivos. Nos referimos a la aplicación del instituto no sólo para juzgar la *trascendencia* de los casos llevados a sus estrados (aspecto que –como veremos- constituye su principal campo de acción, y aquél en el que el instituto adopta su mejor rendimiento), sino también para pronunciarse sobre embates afectados por deficiencias técnicas, carentes de recaudos esenciales, resueltos en casos análogos, etc.

Cierto es que –como veremos más adelante- estas últimas causales de utilización de la herramienta en estudio (insuficiencia técnica del recurso, ausencia de requisitos propios, existencia de precedentes semejantes fallados con anterioridad, etc.) podrían ser vistas como variantes de “intrascendencia”, ya que de una u otra manera existen motivos objetivos para sostener que, en cualquiera de dichas hipótesis, estaríamos ante asuntos carentes de relevancia para poner en marcha la maquinaria jurisdiccional de una Corte Suprema.

Sin embargo, hemos mantenido la enunciación genérica expuesta al inicio de este párrafo, para evitar que una lectura de la misma, sin haber penetrado en el análisis de las causales del ‘certiorari’, pudiera llevar a entender que la exposición se centrará exclusivamente en uno de los rostros del instituto.

2) Aclaración terminológica.

En cuanto a la terminología utilizada, es sabido que la expresión ‘certiorari’ tiene su origen más inmediato (sin perjuicio de los antecedentes más remotos del derecho medieval inglés) en el mecanismo de selección discrecional ideado en los Estados Unidos para la apertura de la competencia apelada de la Suprema Corte federal.

A lo largo de la obra, sin embargo, veremos que los diversos países que han colocado esta clase de filtros para el acceso a los órganos ubicados en la cúspide del poder judicial, han dado distintas denominaciones a la figura analizada (“repercusión general” [Brasil], “significado fundamental” [Alemania], “importancia pública general” [Inglaterra], “interés casacional” [España], etc.).

En nuestro país, como derivación de la influencia que los mentores del instituto encontraron, al momento de su consagración, en el derecho norteamericano (v. *infra*, capítulo cuarto, par. III, esp. ap. 6), se consolidó la designación del mismo con el nombre mediante el que se conoce en aquel ordenamiento: ‘certiorari’. Se trata de una traspolación lexicográfica de muy discutible acierto. Sin embargo, siendo que dicha denominación se ha afianzado en la doctrina y en el uso forense (la ley, en general, no la utilizó²), no encontramos razones para apartarnos de la misma, motivo por el cual ha sido adoptada en este trabajo.

3) Clasificación

Es posible clasificar los mecanismos de selección que constituyen el objeto de esta investigación, según diversos criterios, algunos de los cuales poseen consecuencias relevantes, como luego tendremos oportunidad de examinar con más detenimiento.

² Sólo en Tierra del Fuego se hizo uso de dicha terminología, al encabezar el precepto pertinente con el nombre a través del cual se suele denominar al instituto: “Art. 293: Certiorari. El Superior Tribunal, según su sana discreción ...” (v. *infra*, capítulo quinto, par. II).

a) De acuerdo a sus *efectos*, se distinguen los mecanismos de selección *negativos* de los *positivos*.

Los primeros son aquellos que, al ser aplicados a la resolución de un recurso, terminarán con su declaración de inadmisibilidad. Así, por ejemplo, el ‘certiorari’ previsto en el art. 280 del CPCN, que permite a la Corte, según su sana discreción, rechazar los remedios federales deducidos ante sus estrados, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Igualmente, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, puede mencionarse al art. 31 bis de la ley 5827, según el cual, en cualquier estado de su tramitación, la Suprema Corte podrá rechazar los recursos extraordinarios de nulidad, de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley que no reúnan los requisitos esenciales, que hayan sido insuficientemente fundados, que planteen agravios desestimados por el mismo tribunal en otros casos análogos, o que porten cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia.

Como puede advertirse, en esta variante de selección negativa, el sistema impugnativo parece partir de una regla de admisibilidad, transformando al ‘certiorari’ en un mecanismo “de excepción” a dicho principio, para determinadas hipótesis contempladas taxativamente en la norma (vg., intrascendencia, insustancialidad, insuficiencia técnica, etc.).

Los criterios de selección *positivos*, producen un efecto inverso, tornando admisibles recursos que, siguiendo los criterios tradicionales de admisibilidad, no podrían ser escuchados ante un tribunal supremo. Así ocurre, por ejemplo, con el estándar de la gravedad institucional, receptado jurisprudencialmente desde hace décadas por la Corte Suprema de la Nación, para sortear la ausencia de diversos recaudos de admisibilidad del recurso extraordinario federal, cuando la discusión llevada a sus estrados desborde el interés de las partes, afectando al de la comunidad.

Algo parecido puede predicarse en la Provincia de Buenos Aires, que desde 2008 ha incorporado al derecho positivo dicha hipótesis de excepción, dotando a la SCBA del poder de admitir embates que no cumplan con el recaudo del valor del litigio o *suma gravaminis* (art. 31 bis, 4° párrafo, ley 5827, conf. ley 13.812 [2008]³).

³ Dispone dicha parcela del art. 31 bis de la LOPJ: “Con carácter excepcional, la Suprema Corte de Justicia podrá dar trámite a los recursos de inaplicabilidad de ley que no superasen las limitaciones legales fijadas en

b) En cuanto a su *contenido*, los filtros pueden ser distinguidos según que autoricen a la Corte Suprema un poder de selección *stricto sensu* o impliquen, más acotadamente, una herramienta de agilización del trámite para recursos cuya procedencia o improcedencia pueda ser evaluada liminarmente.

La manifestación más clara de la primera de las variantes aludidas (que denominaremos filtros o mecanismos de selección “propios”), es el ‘certiorari’ basado en la noción de *trascendencia*, regulado en nuestro país tanto en la órbita federal (art. 280, CPCN), como provincial (art. 31 bis, ley 5827, luego de la reforma de la ley 13.812). A través de este tipo de mecanismos, la Corte tiene la aptitud de *decidir qué casos decidir*, según que los mismos porten cuestiones relevantes para el cumplimiento de sus funciones institucionales y, además, estén dotados de repercusión general. En el derecho comparado, este tipo de filtros han tenido recepción en países de diversa tradición jurídica, como los Estados Unidos, Brasil, Alemania o el Reino Unido. Las modalidades de cada regulación permitirán subclasificar a estos filtros “propios” según que acuerden o no potestades discrecionales *stricto sensu* al tribunal superior respectivo (v. *infra*, capítulo segundo, par. IV).

La segunda clase de filtros (que podríamos denominar “impropios”), importa el reconocimiento de una atribución más acotada en cabeza del tribunal superior, ya que, a diferencia de lo que sucede con la hipótesis aludida en el párrafo anterior, los *instrumentos de agilización de trámite no modifican el resultado final del pleito*: sólo anticipan la respuesta que igualmente se le hubiera dado al caso de no aplicarse el dispositivo de marras. Así ocurre, por ejemplo, con el ‘certiorari’ negativo basado en la insuficiencia técnica de la impugnación deducida o en el planteo de cuestiones resueltas en casos análogos (también denominadas cuestiones “insustanciales” en el régimen federal). Se trata de hipótesis de selección menos gravosas, utilizadas en distintas latitudes como, por ejemplo, los citados arts. 280 del CPCN y 31 bis de la ley 5827 en la Provincia de Buenos Aires, o el art. 360 bis del CPC italiano (v. *infra*, capítulo tercero, par. V, ap. 4.2]).

razón del valor del litigio o la cuantía de la pena, si según su sana discreción mediare gravedad institucional o un notorio interés público, o bien si considerare indispensable establecer doctrina legal, siempre que se tratare de dirimir cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable y el recurrente hubiese formulado adecuado planteo en tal sentido” (v. *infra*, capítulo sexto, par. IV, ap. 7).

La diferencia tiene un impacto práctico evidente. En los mecanismos “impropios” de selección, la aplicación del dispositivo en cuestión no modifica el sentido final de la decisión: el recurso insuficiente hubiera sido de todos modos desestimado por dicha razón, de haber superado la fase inicial del trámite impugnativo. Lo mismo ocurre con la impugnación apoyada en argumentos dirimidos por una jurisprudencia constante de la Corte que no merezca ser revisada, etc. Se trata, en definitiva, de instrumentos destinados a agilizar la decisión de un asunto cuya suerte puede ser evaluada liminarmente.

Por el contrario, en el caso de los mecanismos de selección propiamente dichos (típicamente: los filtros basados en la trascendencia de los asuntos a resolver), su utilización o no en cada caso puede variar radicalmente el resultado final de la litis. Ello así, dado que una sentencia puede ser equivocada, sin que sus errores susciten cuestiones trascendentes como para motivar la intervención de un tribunal supremo. Son los casos en los que, de admitirse el recurso, la sentencia podrá ser dejada sin efecto a consecuencia de los yerros que padece; pero por interesar dicha discusión exclusivamente a las partes en litigio, las cuestiones allí articuladas no calificarían como trascendentes. Por ello, el embate no será admitido y aquel pronunciamiento de mérito que hubiera podido ser favorable, nunca verá la luz. Ergo: la aplicación del filtro invierte en tales casos los resultados del pleito.

II. LA CRISIS DE LOS SUPERIORES TRIBUNALES DE JUSTICIA.

No es novedosa la preocupación por la sobrecarga de los más altos cuerpos de justicia tanto en nuestro país como en el derecho comparado.

Tampoco lo es la tendencia hacia la búsqueda de instrumentos que importen el reconocimiento de atribuciones más o menos flexibles o discrecionales en dichos tribunales para la selección de los asuntos que abrirán su competencia revisora, como paliativo para dicha congestión⁴.

⁴ Si bien existe una relación constante y fácilmente explicable entre el exceso de trabajo de los superiores tribunales y la tendencia al reconocimiento de filtros “cualitativos” o “discrecionales” en cabeza de tales cuerpos, dicho nexo no es infalible. Así, existen algunas jurisdicciones en las que instrumentos como el ‘certiorari’, han sido incorporados como mecanismos de selección para ser utilizados por cortes supremas que carecen de cuadros preocupantes de sobrecarga y que –por ende– no han hecho un uso frecuente de ellos (vg., los Superiores Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de Tierra del Fuego –v. *infra*, capítulo quinto). Sin embargo, aun en estos casos la previsión de mecanismos como el ‘certiorari’ posee al menos una

En nuestro país, además de la consagración del ‘certiorari’ como instrumento de selección cualitativa de causas, la Corte Suprema de la Nación acometió desde distintos ángulos el tema de la sobrecarga, para evitar una congestión paralizante de su agenda. Así, por vía interpretativa, ha recortado varias de las competencias legalmente asignadas a su conocimiento o que jurisprudencialmente habían sido asumidas como propias.

Para citar algunos casos paradigmáticos de dicha tendencia restrictiva, apoyada razones de “trascendencia institucional” que, según su parecer, la forzaron a revisar las vías de ingreso a sus estrados y racionalizar su agenda de trabajo, pueden recordarse: a) la reducción de la competencia originaria en causas en las que la Provincia sea parte, acudiendo a la interpretación restrictiva de la expresión “causa civil” contenida en el art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58; b) la declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la llamada “ley de solidaridad previsional” (ley 24.463), en cuanto acordaba a las partes la posibilidad (reglada) de acudir a los más elevados estrados del país, en causas en las que estuviera en juego la interpretación del régimen jubilatorio nacional.

a) El primer fenómeno (modificación la interpretación hasta entonces sostenida por el máximo tribunal respecto de la expresión “causa civil” contenida en el art. 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58), importó una reducción sustancial del alcance de la competencia originaria de la Corte en los casos en los que una Provincia es parte. El nuevo criterio fue expuesto por la CSJN en la causa “Barreto”⁵ y seguido con posterioridad en reiteradas oportunidades⁶.

Con posterioridad a la interpretación restrictiva adoptada en el citado precedente, la Corte incluso juzgó que dicha limitación respondía a *motivos de “trascendencia institucional”*: *auto-preservarse de la sobrecarga de trabajo para poder cumplir adecuadamente su misión más relevante*, que es ser el último intérprete de la Constitución y guardián final de las garantías de los ciudadanos.

Así lo expresó con nitidez al expedirse liminarmente en la conocida causa “Mendoza” relativa al saneamiento de la cuenca hídrica “Matanza – Riachuelo”⁷:

función preventiva: permitir que en el futuro, en caso de multiplicarse la litigiosidad ante sus estrados, el tribunal esté preparado para la emergencia.

⁵ CSN, “Fallos” 329:759, sent. del 21-III-2006.

⁶ V entre otros, CSN, “Fallos” 329:1603, 1839 y 1847; 330:748; íd. causas F.121.XXXVII, “Frigeri”, sent. del 13-XI-2007; C.1010.XLIV, “Castelucci”, sent. del 23-VI-2009; F. 242. XLVI, “Flores”, sent. del 12-VI-2012, etc.).

⁷ CSN, “Fallos” 329:2316, sent. del 20-VI-2006.

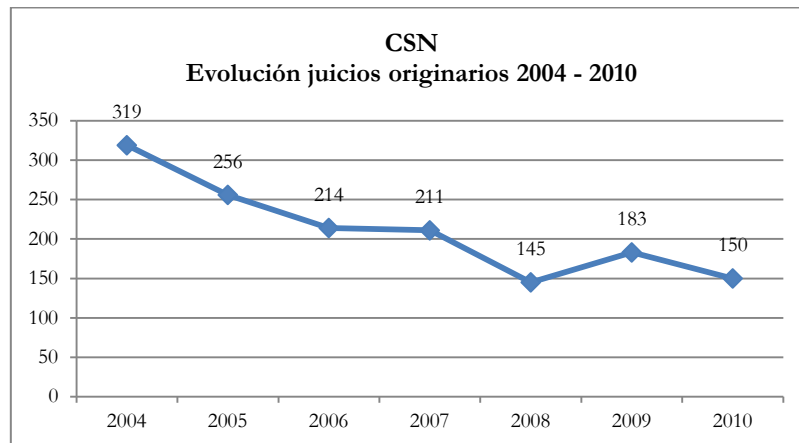
“Razones de *trascendencia institucional* como las que dieron lugar a los precedentes I.349.XXXIX ‘Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios’, en que se declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario que contemplaba el art. 19 de la ley 24.463, y B.2303.XL ‘Barreto, Alberto Damián y otra c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios’, sentencias del 29 de marzo de 2005 y 21 de marzo de 2006, justifican para situaciones como la presente que esta Corte utilice un riguroso criterio hermenéutico de los supuestos que dan lugar a su competencia originaria y, de este modo, llevar a cabo una profundización de su *firme y enfática decisión destinada a preservar sus limitados recursos humanos y materiales para el fiel ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente* y, desde esta premisa estructural, dejar de lado todos aquellos supuestos en que al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar a principios infraconstitucionales por sobre el inequívoco carácter de excepción y restringido que impone el art. 117 de la Constitución Nacional, se asumió una intervención que corresponde que sea declinada” (causa cit., consid. 11° *in fine*, resaltado propio).

Agregando más adelante que:

“Un examen como el que se viene llevando a cabo, además de hacer pie en el rigor de los razonamientos lógicos, *tiene por objeto mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe examinar y sentenciar este Tribunal así como de no entorpecer el responsable ejercicio de las atribuciones constitucionales que la Ley Suprema ha encomendado a este Cuerpo* en los asuntos que corresponden a su jurisdicción más eminente, como intérprete final de aquélla, como guardián último de las garantías superiores de las personas y como partícipe en el proceso republicano de gobierno” (causa cit. consid. 14°, énfasis agregado).

Si se cotejan las estadísticas de ingreso de causas originarias en la Corte entre los años 2004 y 2010, puede verse el impacto de dicha doctrina en la dinámica del máximo tribunal. En el año 2004 ingresaron a la Corte 319 juicios originarios civiles. Para 2006 (año del fallo “Barreto”, puntapié inicial de esta corriente jurisprudencial), la cifra fue de 214 causas civiles. Durante los años 2008, 2009 y 2010, el ingreso se redujo: 145, 183 y 150 juicios respectivamente⁸. Es decir, que en el lapso de seis años las causas originarias ingresadas disminuyeron a menos de la mitad.

⁸ Fuente: OFICINA DE ESTADÍSTICAS DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, *Estadísticas*, Años 2004 – 2010 (disponibles en http://www.pjn.gov.ar/07_estadísticas/index.htm)



b) El segundo de los ejemplos citados (declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463⁹⁾, sigue la misma tónica que el anterior ya que, al momento de su dictado, configuró una decisión orientada a la reducción sustancial de la agenda de trabajo de la Corte, en la que se hicieron explícitos los motivos prácticos y realistas que le impedían (y le impiden) afrontar oleadas constantes de recursos sobre temas previsionales¹⁰.

El citado precepto acordaba a las partes la posibilidad de acudir a la Corte Suprema de la Nación a través del recurso ordinario de apelación, sin exigir a su respecto el recaudo del valor del litigio (el art. 24, inc. 6], ap. a), del decreto ley 1.285/58 impone un piso cuantitativo para la admisibilidad de esta vía impugnativa en los casos en los que la Nación es parte¹¹). Reforma que, en la práctica, ocasionó un insólito desequilibrio en la carga de trabajo del alto cuerpo, dilatando a la par el reconocimiento de derechos de índole alimentaria a partir de una práctica inadecuada de los operadores (especialmente, de la Administración Nacional de la Seguridad Social –ANSeS-, que no

⁹ CSN, “Fallos” 328:566, “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”, sent. del 29-III-2005.

El fallo fue ampliamente comentado, pudiendo citarse, entre otros autores, a: GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán – MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema reasume su rol institucional”, en *JA* 2006-I-818; SABELLI, Héctor E., “¿Quién reforma el procedimiento judicial de la Seguridad Social? ¿La Corte Suprema o el Congreso?”, *RDLSS*, n° 9, 2005, p. 690; HÉRCULES, “El caso ‘Itzcovich’, o de cómo la Corte se pone el traje de legislador”, *JA* 2005-II-739; CORNAGLIA, Ricardo J. “La ley de solidaridad previsional y el control constitucional practicado por la Corte”, *LL* 2005-B-705; BONINA, Nicolás, “Lo que el derecho es. Problemas epistemológicos a raíz del fallo Itzcovich”, *LL* 2005-F-356.

¹⁰ Es de recordar que, poco después de la declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463, el legislador derogó dicha disposición (art. 1, ley 26.025, BO: 22-IV-2005).

¹¹ Al día de la fecha la *suma gravaminis* exigida para acceder a la Corte Suprema de la Nación por vía del recurso ordinario de apelación, es de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000).

pudo ceder a la tentación de utilizar esta vía de impugnación como un instrumento espurio de financiación de los pasivos previsionales).

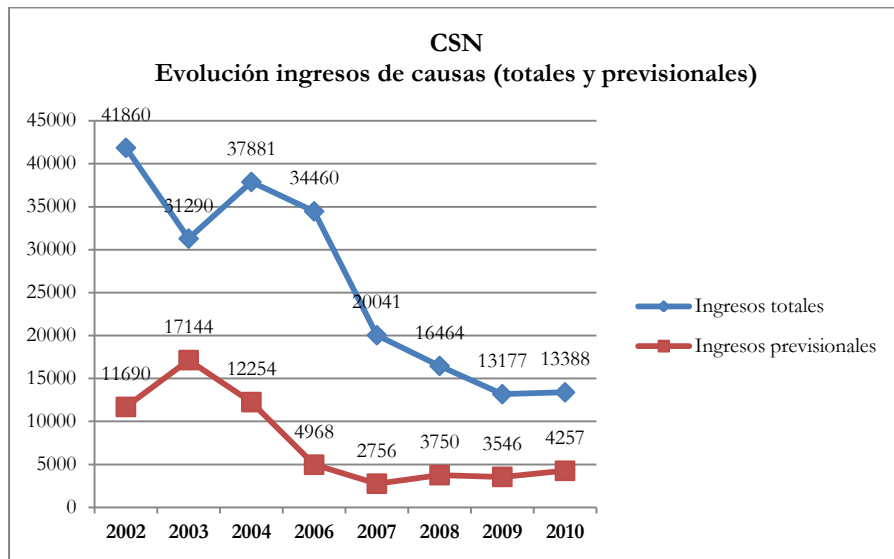
Del criterio adoptado por la mayoría de la Corte¹² en el caso “Itzcovich”, surgen, entre otras apreciaciones relacionadas con las consecuencias del sistema diseñado por el legislador, las siguientes premisas relevantes para esta parcela de la investigación:

“8º) Que no puede negarse la evidencia empírica que demuestra que la vigencia del procedimiento establecido por el art. 19 en cuestión ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común.

9º) Que además la experiencia reflejada en las estadísticas demuestra que el organismo previsional no ha utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, pues en una significativa mayoría de los recursos ordinarios que dedujo el fallo final confirmó el que había sido impugnado o declaró desierto el remedio por falta de fundamento suficiente, lo cual ha implicado -por el tiempo necesario para la tramitación y resolución- una injustificada postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que había sido reconocido en las instancias anteriores”.

La estadística a la que se refiere la Corte, no exteriorizada en el fallo, muestra efectivamente la presencia de una situación insostenible en el ámbito de la competencia apelada de la Corte, que en los años previos al dictado del fallo “Itzcovich” (2005), había recibido un cúmulo masivo de temas previsionales, llegando en casos extremos como el año 2003 a consumir más el 54% de los ingresos totales del máximo tribunal:

¹² Voto de los Dres. PETRACCHI, FAYT, LORENZETTI y HIGHTON DE NOLASCO. Ver asimismo las opiniones concordantes de los Dres. ZAFFARONI y MAQUEDA, así como de la doctora ARGIBAY, que coincidió con la declaración de inconstitucionalidad de la norma, discrepando con los Ministros citados sólo en cuanto entendió que el nuevo criterio jurisprudencial debe regir no sólo a futuro, sino también para el caso examinado.



Lo que, en términos porcentuales, puede ser esquematizado del siguiente modo:

CSN % de causas previsionales sobre ingresos totales (período 2002 – 2010)			
Año	Ingresos totales	Ingresos previsionales	% causas previsionales s/ ingresos totales
002	41.860	11.690	27,93 %
003	31.290	17.144	54,79 %
004	37.881	12.254	32,35 %
006	34.460	4.968	14,42 %
007	20.041	2.756	13,75 %
008	16.464	3.750	22,78 %
009	13.177	3.546	26,91 %
010	13.388	4.257	31,80 %

c) Más adelante profundizaremos en las estadísticas que registra la actuación de los superiores tribunales, tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Al apreciar con más precisión la cantidad de asuntos que ingresan anualmente a los estrados de estos cuerpos jurisdiccionales, quedará evidenciada la razón por la que

dicho crítico cuadro de situación ha diseminado la tendencia a la incorporación de mecanismos de selección cualitativa de causas, más allá de los sistemas del *common law*.

Por ahora, basta con poner en evidencia el contexto en el que fluye la problemática de la llamada jurisdicción discrecional de los tribunales ubicados en la cúspide de la estructura judicial. Un entorno marcado, en general, por la sobreexposición de las cortes supremas a la necesidad de decidir más casos de los que materialmente pueden afrontar con sus recursos materiales y humanos.

Realidad que, como vimos, es atacada desde diversos ángulos, como la interpretación restrictiva de las reglas que definen su competencia, la declaración de inconstitucionalidad de previsiones que potencian dicho efecto multiplicador; además de evaluar acudir a otros instrumentos de descongestión o agilización que serán oportunamente analizados (vg., modificación de su integración, introducción de regímenes de casos repetitivos, etc., v. *infra*, par. VII).

Al final del camino, de todos modos, la necesidad de tener un solo órgano a cargo de este tipo de funciones (con la consecuente imposibilidad constitucional o inconveniencia práctica de crear “más cortes supremas” al modo que se lo hace con los tribunales de grado cuando son superadas sus posibilidades funcionales), hace que tales paliativos se muestren igualmente insuficientes para remediar eficazmente el problema. Es así como se mantiene vigente (e incluso se amplía) el interés por la implementación de mecanismos cualitativos o “discrecionales” de selección que permitan a las cortes supremas decidir qué casos decidir con cierta flexibilidad.

Al avanzar en esta línea de acción, el legislador se enfrenta inicialmente a un agudo dilema, consistente en verificar la posibilidad de incorporar dicha clase de dispositivos en el ordenamiento positivo, sin lesionar principios constitucionales arraigados en nuestra tradición jurídica. A esta problemática nos dedicaremos en el párrafo siguiente.

III. EL DEBATE CONSTITUCIONAL.

El análisis de constitucionalidad de instrumentos de selección como el ‘certiorari’, en la modalidad vigente tanto en la órbita federal como en la Provincia de Buenos Aires (arts. 280, CPCN y 31 bis, ley 5827 respectivamente), exige un test

sucesivo de diversos aspectos que hacen a la reglamentación y funcionamiento de la herramienta.

En primer lugar, demanda analizar si el legislador tiene atribuciones constitucionales para reglamentar la competencia apelada de los superiores tribunales de cada jurisdicción (esto es: la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires). La respuesta –vale anticiparlo– es relativamente más sencilla en el primer ámbito que en el segundo.

Si la respuesta a dicho interrogante inicial es afirmativa, debe avanzarse en un examen más profundo relativo a la razonabilidad de la reglamentación aludida, en tanto le acuerda a la Corte la posibilidad de seleccionar cualitativamente las causas llevadas ante sus estrados, mediante estándares flexibles como la “trascendencia” de las cuestiones articuladas.

Finalmente, de ser superado ese segundo valladar, debe de todos modos penetrarse en la dinámica del instituto, para verificar si, en su aplicación concreta, la Corte hace un uso constitucionalmente aceptable del ‘certiorari’ y, en su caso, de qué modo podría mejorarse dicha praxis.

Desarrollaremos estos puntos a continuación.

1) La reglamentación del acceso a la competencia apelada de los Superiores Tribunales.

Como fuera anticipado, para ingresar en el debate constitucional de las normas que autorizan a las cortes supremas a seleccionar discrecionalmente los casos respecto de los cuales emitirá pronunciamiento de mérito, es necesario recordar inicialmente las disposiciones supralegales que autorizan al Congreso a determinar los límites de la competencia apelada de aquéllas.

De este modo, se despeja un primer interrogante formal relativo a si la introducción de esta clase de filtros de ingreso está dentro de las atribuciones del Poder Legislativo. Pregunta que, de ser respondida negativamente, obviamente agotaría la discusión sobre el tema de la validez de los preceptos que abordan esta materia, tornando innecesario verificar su razonabilidad sustancial o técnica¹³.

¹³ V. LINARES, Juan Francisco, *La razonabilidad de las leyes*, Bs. As., Astrea, 2º ed., 1989, especialmente pp. 29-31, 108.

Tomando los dos principales sistemas vigentes en nuestro país, a los que haremos referencia en esta investigación, es de advertir que tanto la Constitución Nacional como la de la Provincia de Buenos Aires, admiten –con variantes- la reglamentación de la competencia apelada de los cuerpos jurisdiccionales colocados en el vértice de cada uno de sus poderes judiciales.

1.1) Límites a la competencia apelada de la Corte Suprema de la Nación

a) De las pautas generales destinadas a la organización y funcionamiento del Poder Judicial de la Nación contenidas en la Constitución federal (arts. 108 a 119) sólo dos se abocan a la definición de la competencia de la justicia nacional (arts. 116 y 117, Const. Nac.).

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

Por su parte, en lo que aquí más interesa, el art. 117 de la Ley Suprema se refiere expresamente a la competencia de la Corte Suprema de la Nación estableciendo que:

“En estos casos [es decir, en los previstos en el art. 116] la Corte Suprema ejercerá su *jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso*; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

De dichas previsiones surge la conocida distinción de la competencia originaria y apelada del máximo tribunal.

La primera de ellas, comprendiendo sólo aquellas controversias previstas en el art. 116 que tengan a una Provincia como parte¹⁴ o que conciernan a embajadores, ministros o cónsules extranjeros¹⁵, conceptos que el legislador ha intentado precisar (vg. arts. 8 a 12, ley 48; 24, inc. 1º del decreto-ley 1285/58) y cuyos alcances han sido materia de una dilatada (y no siempre homogénea) jurisprudencia del cimero Cuerpo¹⁶.

Desde los primeros años de ejercicio, el máximo tribunal se encargó de precisar que en este ámbito “no es dado a persona o poder alguno, ampliar o extender los casos en que [aquél] ejerce su jurisdicción exclusiva y originaria por imperativo de la Constitución Nacional”¹⁷, siguiendo las aguas del histórico *leading case* de la Suprema Corte de los Estados Unidos “Marbury vs. Madison”, en el que —como es por demás sabido— dicho cuerpo inauguró la doctrina del control de constitucionalidad declarando de oficio la invalidez de un precepto de la *Judiciary Act* de 1789 que la autorizaba a entender de modo originario en *writs of mandamus*.

Modernamente, como fuera anticipado (v. *supra*, párrafo II), se advierte en este ámbito una tendencia hacia la reducción de las causas tramitadas por esta vía, a partir de una interpretación restrictiva nacida del seno de la Corte, criterio limitativo que el mismo Tribunal ha justificado en razones prácticas (sobrecarga de tareas), al considerar de “trascendencia institucional” la concentración de su trabajo en aquellas funciones que integran su más alta misión: preservar la supremacía constitucional, resguardar las garantías fundamentales de los habitantes y participar en el proceso republicano de gobierno.

¹⁴ Una hipótesis regulada autónomamente por el constituyente, en la que se pone en marcha la competencia originaria de la Corte cuando los estados locales son parte, es la prevista en el artículo 127 de la Constitución Nacional, que alude a los conflictos interprovinciales: “Ninguna provincia puede declarar, ni hacer la guerra a otra provincia. Sus quejas deben ser sometidas a la Corte Suprema de Justicia y dirimidas por ella [...]”.

¹⁵ Desde antiguo la Corte justificó la determinación de una jurisdicción originaria ante sus estrados basada en la distinta vecindad —o extranjería— de la parte litigante con una provincia, en la finalidad de “darles garantías a los particulares para sus reclamaciones, proporcionándoles jueces al abrigo de toda influencia y parcialidad”. Pero también aclaró desde antaño el máximo tribunal que “ese alto y respetable interés institucional encuentra su preciso límite en el respeto al principio constitucional que consagra la autonomía de los estados provinciales, de manera de no perturbar su administración interna, porque si todos los actos de sus poderes pudieran ser objeto de una demanda ante la Corte vendría a ser ella quien gobernase a las provincias desapareciendo los gobiernos locales” (v. “Fallos” 14:425; 310:1074, etc.).

¹⁶ V., por todos, BIANCHI, *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989; HARO, Ricardo, *La Competencia Federal*, Depalma, Bs. As., Depalma, 1989, pp. 225-326; PALACIO DE CAEIRO, Silvia, *Competencia Federal Civil – Penal*, La Ley, Buenos Aires, 1999, pp. 97-102 y 107-133.

¹⁷ CSN, “Fallos” 32:120, “Sojo” [1887]. La doctrina se ha mantenido invariablemente en la jurisprudencia de la Corte (v. CSN, “Fallos” 210:30 [1948]; 313:936 [1990]; 329:2069, 2316 y 2764 [2006]; 330:743 [2007]; *id.*, causa R.323.XLIII, *in re* “Ríos, Silvia Adriana c/Consulado de la República de Italia y otro s/incumplimiento de convenio”, sent. del 30-X-2007, entre muchas otras).

La segunda (competencia apelada), abraza la totalidad de las restantes causas que el art. 116 de la Carta Magna asigna a los órganos de la justicia federal, especialmente aquellas en las que versan sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes federales (es decir, las leyes de la Nación diversas a las dictadas por el Congreso en ejercicio de la potestad de unificación legislativa del derecho común –civil, comercial, penal, de minería, laboral y de la seguridad social- propia de nuestro diseño del sistema federal de gobierno, art. 75, inc. 12, Cont. Nac.¹⁸).

b) Como fuera adelantado, el art. 117 de la Constitución admite expresamente la posibilidad que el legislador establezca “*reglas y excepciones*” a la jurisdicción recursiva del alto cuerpo¹⁹.

¹⁸ El sistema de distribución de competencias legislativas diseñado en nuestro país difiere del que constituye su reconocido modelo constitucional (EEUU), así como del vigente en otras latitudes (vg., Brasil).

En efecto, a diferencia del sistema norteamericano, la Constitución argentina desde sus orígenes colocó como atribución del Congreso Nacional el dictado de la normativa civil, comercial, penal y de minería (agregándose a dicho elenco en 1957 la legislación laboral y de la seguridad social). Dicha atenuación del régimen de descentralización propio de la estructura federal del estado no fue fruto de la improvisación ni del azar, sino un producto meditado de los gestores de la organización institucional del país, que consideraron a la uniformación de la legislación “común” como un valor a custodiar como condición para la consolidación de la unidad nacional (v. ALBERDI, Juan Bautista, *Elementos del Derecho Público Provincial Argentino*, consultada la edición publicada en la compliación de estudios constitucionales del citado autor: ALBERDI, Juan B., *Organización de la Confederación Argentina*, El Ateneo, Bs. As., 1913, p. 285 [orig.: *Elementos del derecho público provincial para la República Argentina*, Valparaíso, Impr. del Mercurio, 1853]). Ello, claro está, sin perjuicio de la aplicación de los preceptos de dicha naturaleza, que pertenece a la órbita de cada Provincia (que no delegó –y por ende, conserva- la potestad de organizar su servicio de justicia –deber, conf. art. 5, Const. Nac.- y de regular los procedimientos ante sus estrados).

De tal modo, nuestro esquema de división de funciones entre el estado federal y los estados provinciales también se distingue de regímenes como el brasileño, especialmente en lo que hace al dictado de la legislación procesal, materia que –como fuera expresado- queda en Argentina reservada a las provincias por no haber sido delegada en la Nación (art. 121, Const. Nac.). En Brasil, por el contrario, a partir de la reforma constitucional de 1988, corresponde exclusivamente a la Unión el dictado de las normas procesales, contando los estados federados con competencias legislativas concurrentes en materia procedimental (de trámite o de “rito”). La siempre complicada diferencia conceptual entre proceso y procedimiento adopta así en Brasil una importancia especial, ya que permite definir qué tipo de instituciones adjetivas pueden ser reglamentadas por las legislaturas locales y cuáles sólo pueden ser establecidas por la Unión (v. WAMBIER, Luiz Rodrigues – TALAMINI, Eduardo, *Curso avanzado de proceso civil*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 10^o ed, 2008, v. I, pp. 180-182; WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Sentencia civil, liquidacao e cumprimento*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 3^o ed., 2006, pp. 79-94).

¹⁹ Desde el recordado caso “Sojo” (“Fallos” 32:120 [1887]) la Corte ha enfatizado dicha potestad reglamentaria del legislador en lo concerniente a su “jurisdicción apelada”, distinguiéndola de la que le corresponde modo originario:

“[E]l Congreso puede establecer excepciones y dictar reglamentos a la jurisdicción de apelación, lo que importa decir distribuir la justicia entre los tribunales inferiores y la Corte que siempre es de apelación, con excepción de los casos en que la ley hubiese limitado el recurso o en que la jurisdicción es originaria y exclusiva, vocablo que no está en la Constitución americana y que hace más terminante el precepto su aún pudiera serlo más.

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

Dicha potestad reglamentaria vio la luz con los inicios mismos de la organización institucional del país y fue desarrollándose en el tiempo a través de diversas normas que fueron perfilando los alcances de esta forma de actuación de la Corte Suprema, que incluye tanto la revisión de decisiones por vía del *recurso extraordinario* -variante que constituye el objeto central de este trabajo-, como *ordinario*²⁰.

En cuanto al primer ámbito de actuación aludido (recurso extraordinario), no son muchas las fuentes normativas que rigen la competencia apelada de la CSN, la principal de las cuales (arts. 14 a 16, ley 48) constituye desde el año 1863 la piedra basal del recurso extraordinario federal, por gozar de un justificado prestigio que la ha mantenido indemne al paso del tiempo y a las variables sociopolíticas del país.

Haciendo un *racconto* histórico de dichas fuentes normativas²¹, pueden recordarse las derogadas leyes 182 (1858) y 27 (1862) que consagraban un diseño impugnativo de opción, acordando al litigante la posibilidad de recurrir las sentencias de los tribunales inferiores locales ante los juzgados federales de primera instancia, o seguir el orden recursivo local para luego arribar a la CSJN²².

Son razones de “conveniencia” las que desde hace tiempo ha considerado la Corte que corresponde valorar al legislador para definir los alcances de su competencia recursiva: “La extensión de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema, ‘según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso’, significa que ‘la jurisdicción apelada puede ser reglamentada, ensanchada o restringida’, como el Congreso lo considere conveniente” (CSN, “Fallos” 137:345 [1922]; 138:9 [1923]).

Sin embargo, respecto de dicha selección no está exento el control de razonabilidad propio del ejercicio de todo poder reglamentario (art. 28, Const. Nac.). Y precisamente por aplicación de dicha premisa la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463 (llamada de “Solidaridad Previsional”), en el caso “Itzcovich”, al que ya nos hemos referido (v. *supra*, par. II).

²⁰ Siendo que el instituto del certiorari, como luego veremos, no rige en el ámbito del recurso ordinario, esta vía impugnativa no será analizada en la presente investigación. Ver, en general, sobre el tema: TAWIL, Guido S., *El recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990; TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema*, Ed. Ábaco, Bs. As., 2004.

²¹ Para una reseña histórica de las fuentes normativas del recurso extraordinario, v. SAGÜÉS, Nestor P., *Recuso Extraordinario*, t. I, pp. 249-288; TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, Bs. As., Ábaco, 2003, pp. 27-36; ESPIL, Felipe A., *La Suprema Corte federal y su jurisdicción extraordinaria*, Bs. As., Imprenta de Coni Hnos., 1915, p. 20-43 (analizando las primeras fuentes: hasta las leyes 27 y 48); IRIGOYEN, Bernardo de, *Justicia Nacional. Apuntes sobre la jurisdicción de la Corte Suprema*, Imp. Europea, 1903, pássim (id. ant.); ZAVALÍA, Clodomiro, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina*, Bs. As., 1919, esp. cap. V, pp. 77-113 (id. ant.).

²² Sabido es que los alcances del sistema federal de gobierno fue una inquietud prioritaria antes y durante los primeros años de la organización institucional del país. En lo que respecta al Poder Judicial, la convivencia de las jurisdicciones locales con los órganos de la justicia nacional convocó la atención tanto del constituyente, como del Congreso de la Nación. Este último, como lo recuerda ESPIL (*La Suprema Corte federal*, ob. cit., pp. 15 y ss.), tenía ante sí diversos modelos para asegurar la supremacía del bloque federal (art. 31, Const. Nac.) frente a invasiones de los poderes estaduais.

La diversa sistemática de las leyes 182 y 27, por un lado (justicia provincial controlada por jueces federales de sección), y de la posterior ley 48, por el otro (las causas que tramitan en sede local culminan en dicha jurisdicción, salvo las hipótesis que habilitan el recurso extraordinario federal), permiten advertir los vaivenes que en dicha época se producían en la búsqueda del mejor equilibrio entre el respeto a la autoridad central y la

El sistema fue reemplazado en 1863 por la ley 48 (de “jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales”), cuyo art. 14 (piedra basal de la competencia apelada de la Corte Suprema) tiene una evidente y reconocida filiación en la sección 25 de la *Judiciary Act* norteamericana de 1798, conforme lo señalara el máximo tribunal en la causa “Banco Nación c. David Gianelli” (1904)²³. La norma buscó corregir y ampliar la anterior ley 27, pero -en lo relativo al sistema impugnativo de las decisiones de la justicia provincial y el camino para arribar a la Corte Suprema- la modificó sustancialmente, ya que: i) quedó sin efecto el doble esquema recursivo referido en el párrafo anterior, por lo que –a partir de allí y hasta la actualidad- las causas iniciadas en la jurisdicción local culminan en ella, salvo el recurso previsto en el art. 14; y ii) se consagraron en los tres incisos de este último precepto las causales del recurso extraordinario, verdadera clave de bóveda del sistema.

Con posterioridad, la sucesiva creación de Cámaras de Apelación tanto en la ciudad de Buenos Aires (ley 1893 [1886] -Orgánica de los Tribunales de Capital Federal-, instaurando dos órganos de alzada) como en el resto del país (ley 4055 [1902], que instaló las primeras Cámaras Federales de Apelación en Capital Federal, La Plata, Córdoba y Paraná), terminaron de cerrar el círculo de la competencia apelada extraordinaria, disponiendo que las decisiones de dichos organismos sólo podrían ser impugnadas ante la Corte Suprema en los términos del art. 14 de la ley 48. Se dejaba así sin efecto el recurso ordinario ante la Corte hasta ese entonces vigente para impugnar las sentencias dictadas por los jueces federales de sección.

Con lo que el art. 14 de la ley 48 pasó a ser el resorte fundamental para el acceso ante el máximo tribunal, sea que la sentencia provenga de un Superior Tribunal de Provincia o del último estamento de revisión ordinaria de la justicia nacional.

En 1967 la ley 17.454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en vigor) abordó diversos aspectos de trámite que no estaban previstos en la normativa antes

preservación de las autonomías provinciales. El más sabio diseño de 1863 fue el que finalmente se impuso en nuestro país hasta el día de la fecha.

²³ “El art. 14 de la ley de jurisdicción y competencia del año 63 ha sido tomada de la ley americana del 24 de Septiembre de 1789, *Judiciary Act*, Sección 25, capítulo 50 (Sección 709, *Revised Statutes*), y tanto la jurisprudencia nacional, como la de aquel país, han reconocido que la procedencia de ese recurso extraordinario exige: primero que se haya debatido en el pleito una cuestión federal; segundo, que la decisión haya sido contraria al derecho fundado en la Constitución, tratado ó ley nacional invocados” (CSN, “Fallos” 101:70, esp. p. 79 [1904]).

referida, como el plazo (se fijó en 10 días²⁴) y la constitución de domicilio en el escrito de interposición (antes existía un sistema de emplazamiento que hacía engorroso el trámite).

En 1981, la ley 22.434 modificó numerosos institutos del CPCN, introduciendo dos innovaciones adicionales al trámite del recurso extraordinario: el traslado previo a su concesión (art. 257) y la ejecución provisoria de la sentencia (art. 258).

Finalmente, en lo que hace al objeto principal de este trabajo, la ley 23.774 (B.O. 16-IV-1990), además de aumentar a nueve los miembros de la Corte Suprema, dio vida al *certiorari* en nuestro país, mediante la reforma de los arts. 280 y 285 del CPCN.

c) Como puede advertirse de los pasajes precedentes, la competencia apelada de la Corte Suprema fue dejada librada por la Constitución Nacional a las reglas, límites y excepciones que el legislador le impusiera, potestad que históricamente fue ejercida en limitadas ocasiones.

El Congreso, al transformar la jurisdicción reglada del máximo tribunal federal e introducir un mecanismo de selección cualitativo en cabeza de éste, hizo uno de los usos posibles de dicha atribución que formalmente le reconoce la Ley Suprema.

Desde la perspectiva competencial, por ende, no se advierten óbices de legitimidad en la ley 23.774²⁵.

Pero esta constatación es sólo el inicio del debate relativo a la validez del art. 280 del CPCN, ya que –como fuera anticipado– luego de responder este primer interrogante, debe a continuación y sucesivamente verificarse: a) que dicha potestad haya sido razonablemente ejercida por el parlamento (art. 28, Const. Nac.), es decir, sin alterar garantías como la de la motivación de las sentencias (tema que abordaremos en

²⁴ Dicha curiosa omisión había sido remediada con anterioridad, en ausencia de previsiones específicas, acudiéndose analógicamente al término de 5 días previsto en la ley 50 para el recurso de apelación.

²⁵ Importante doctrina ya anticipaba la posibilidad de que el legislador, en uso de la atribución conferida por el art. 117 de la Constitución Nacional (ex art. 101), regulará el instituto del ‘certiorari’ en nuestro país: v., entre ellos, BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Ediar, Bs. As., 1º ed., 1986, t. II, p. 425; íd. “El ‘certiorari’ y la ‘avocación’ en la competencia de la Corte Suprema (innovaciones en un proyecto de reforma)”, cit., p. 805 (“Parece que las hipótesis caben en la competencia que el art. 101 otorga al Congreso para establecer ‘reglas y excepciones’ a la jurisdicción apelada de la Corte. La ley puede darle a la Corte el manejo de una válvula para admitir o rechazar el recurso, para decidir o no la causa, para usar o no la revisión extraordinaria. Dejarle tal discrecionalidad no excede el margen de regulación recursiva que el art. 101 depara a la ley”); VANOSSI, Jorge R., “Constitución. Jurisprudencia y ‘writ of certiorari’”, *JA* 1964-II-93; íd., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. II, p. 147.

Luego de sancionada la reforma del art. 280 del CPCN, la Corte tuvo oportunidad de responder en idéntico sentido esta primera parcela de la discusión constitucional del precepto (v. *infra*, capítulo segundo, par. III, ap. 5).

el apartado 3]); y b) que, aun consentida la razonabilidad del dispositivo en abstracto, la Corte haga un uso constitucionalmente aceptable del mismo, sin vulnerar principios cardinales del ordenamiento, como los de igualdad y transparencia (aspecto dinámico del problema que se examina fundamentalmente en el apartado 4)).

Pero, antes de ello, completaremos el estudio de los alcances de las atribuciones del legislador para reglamentar la competencia de los superiores tribunales, en la restante jurisdicción que será materia de estudio en esta investigación: la Provincia de Buenos Aires.

1.2) Límites a la competencia apelada de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

a) En la Provincia de Buenos Aires, las bases constitucionales de la regulación de los recursos extraordinarios es algo más compleja que de su par federal (analizada en el párrafo anterior).

En efecto, como será desarrollado con más detenimiento *infra* (capítulo sexto, par. II, ap. 1) coexisten en dicha jurisdicción tres vías incanjeables²⁶ para revisar el acierto jurídico de los fallos dictados por los tribunales provinciales de última o única instancia: los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, de nulidad y de inconstitucionalidad.

En lo que hace a la temática de este apartado, es de señalar que la letra de la Constitución local difiere en torno a las potestades del legislador para reglamentar las condiciones y límites de cada uno de los aludidos mecanismos casatorios.

²⁶ Como será examinado oportunamente (*infra*, capítulo sexto, par. II, ap. 1) impera con intensidad en este ámbito el principio de unicidad recursiva, según el cual se entiende que cada tipo de vicio tolera –por regla– una y sólo una vía de ataque, resultando en consecuencia inadmisibles utilizar promiscuamente los diversos medios de impugnación previstos en la Constitución (V. HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos ordinarios*, Platense, 2º ed. [con la colaboración de Manuel O. HERNÁNDEZ.], 2004, § 12, p. 55).

El postulado ha sido celosamente custodiado por la Suprema Corte provincial: “En materia recursiva se advierte una característica propia, conocida como ‘principio de formalidad’ (ajeno, por supuesto, a toda connotación excesiva o formulista), del cual se deriva, como uno de sus principales corolarios, la regla de la ‘unicidad’ recursiva, según la cual cada resolución tolera –generalmente– un solo carril de impugnación y si bien esta premisa, que impone al quejoso la carga de seleccionar adecuadamente el sendero de ataque, no prohíbe la interposición de más de un recurso en la misma pieza si exige delimitar con precisión cuáles son los argumentos que pertenecen a cada remedio, función que no puede ser ejercida oficiosamente por esta Corte. Lo contrario llevaría a adoptar una posición lindante con el sistema germánico del recurso indiferente según el cual bastaría que el recurrente postule el agravio que le ocasiona la resolución, para que el Tribunal encasille la pretensión impugnativa en el carril correspondiente. Si bien ‘de lege ferenda’ podrían analizarse los beneficios de dicha regla, es claro que nuestro régimen recursivo extraordinario vigente no la contempla” (SCBA, C. 88.638, “Tezzi”, sent. del 5-III-2008; en similar sentido: *id.*, C. 100.268, “Otoizaga”, sent. del 14-X-2009; RI 115.036, “Victorio”, res. del 14-IX-2011; RI 114.229, “Naranjo”, res. del 26-X-2011, entre otras).

Así, reza dicha Carta:

“Artículo 161.- La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones:

1) Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada.

[...]

3) Conoce y resuelve en grado de apelación:

a) De la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de justicia en última instancia, funden su sentencia sobre la cuestión que por ella deciden, *con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos*;

b) De la nulidad argüida contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los tribunales de justicia, cuando se alegue violación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de esta Constitución” (el resaltado nos pertenece).

Puede fácilmente advertirse de la transcripción precedente, la diversidad de trato literal otorgada por el constituyente al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Así, el art. 161, inc. 3, ap. a) de la Carta Magna de la Provincia, al reconocer la competencia de la Suprema Corte para entender en dicho medio de embate, lo hace “con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan”, cláusula no incluida en el inciso 1) (que prevé la competencia apelada de la Suprema Corte para el ejercicio del control de constitucionalidad local), ni en el inc. 2), apartado b) de dicha disposición (referido al recurso extraordinario de nulidad).

El distingo no pasó inadvertido ante los ojos del máximo tribunal provincial.

Por el contrario, hace varios años, la Corte enfatizó la aludida divergencia lexicográfica, al declarar la inconstitucionalidad de los artículos arts. 297 y 302 del Código Procesal Civil y Comercial (hoy modificados), que restringían la competencia de la Corte estadual en materias para las que el constituyente no previó expresamente dicha aptitud reglamentaria²⁷. Si bien se trata de una doctrina legal vigente, dado que no

²⁷ SCBA, causa Ac. 15.940 “Sucesión de Julián Hernández vs. Miguel Balderenas. Desalojo. Recurso de queja”, sent. del 28-VII-1970. Sostuvo allí la Corte que: “Las disposiciones de los arts. 297 y 302 del C.P.C.C. y C. (ley 7495) son violatorios del art. 149 inc. 1° y 4°, ap. ‘b)’ de la Constitución de la Provincia [actualmente, art. 161, inc. 1 y 3, ap. b] en cuanto supeditan la concesión de los recursos extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad al límite resultante de la cuantía del pleito y a la exigencia del depósito previo, pues dicha norma constitucional –a diferencia del recurso de inaplicabilidad de ley- no faculta a legislador a restringir su concesión mediante requisitos de orden procesal extraños a los establecidos por ella”.

ha sido modificada hasta la actualidad, cabe advertir que tampoco ha habido mayor oportunidad para su replanteo en atención a la derogación de los dispositivos que introducían limitaciones formales a los recursos extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad.

Lo cierto es que, a partir de dicha interpretación, sólo el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (indudablemente la vía más trascendente por la que la Suprema Corte ejerce su función casatoria) es pasible de limitaciones formales. Las restantes vías no están limitadas (ni podrían estarlo, de considerarse subsistente la doctrina legal recordada en el párrafo anterior), por cargas adjetivas de ningún tipo.

Las anteriores precisiones explican la distinta regulación de los recursos aludidos en los códigos procesales vigentes. Así es que, por ejemplo, en dichos ordenamientos adjetivos el recurso de inaplicabilidad de ley está dotado de ciertas exigencias cuantitativas o económicas que no rigen para los restantes medios de impugnación, como la del valor del litigio (*suma gravaminis*)²⁸ o la del depósito previo²⁹.

Para los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y de nulidad, sólo se exige la satisfacción de los requisitos de sentencia definitiva, legitimación, interposición en tiempo y forma y suficiencia recursiva (aunque la inclusión de ésta última exigencia en el elenco de admisibilidad siempre resulta discutible –v. *infra*, capítulo sexto, par. IV, ap. 5]). Es decir, se prevén sólo aquellos recaudos ya contemplados en la Constitución provincial (vg., que la sentencia atacada sea definitiva³⁰) u otros derivados de las reglas

²⁸ Art. 278, CPCBA (conf. ley 11.141), aplicable a los fueros civil y comercial, contencioso administrativo y, con algunas variantes, al laboral (art. 56, ley 11.653), que determina un piso mínimo de 500 “jus” en la cuantía de lo debatido ante dicha instancia, para habilitar el conocimiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Siendo el “jus” una medida arancelaria que varía de acuerdo con la modificación del salario de los jueces de primera instancia, la suma se actualiza periódicamente, ascendiendo en la actualidad a \$ 188 por unidad (conf. SCBA Acuerdo n° 3590, del 6-VI-2012). Por lo que la *suma gravaminis* para el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley es al día de la fecha de \$ 94.000.

En el ámbito penal, la *suma gravaminis* está determinada por el monto de la sanción privativa de la libertad aplicada al imputado (en caso que el recurso sea promovido por éste) o pedida por el Ministerio Público fiscal (en el supuesto que sea dicha repartición la que actué ante la Corte). Así lo dispone el art. 449 del CPPBA: “Podrá interponerse este recurso exclusivamente contra las sentencias definitivas que revoquen una absolución o impongan una pena de reclusión o prisión mayor a diez (10) años. El Ministerio Público Fiscal podrá deducir este recurso en caso de sentencia adversa cuando hubiese pedido una pena de reclusión o prisión superior a diez (10) años”.

²⁹ Art. 280, CPCC, que exige abonar una carga económica del 10% del valor del litigio, que no superará los 500 “jus” (actualmente: \$ 94.000), ni podrá ser menor a 50 “jus” (\$ 9.400). Si el monto del juicio fuera indeterminado, corresponderá abonar esta última suma.

³⁰ Cabe formular una aclaración en este punto, ya que la Ley Suprema estadual sólo determina el recaudo de la definitividad expresamente para el recurso extraordinario de nulidad (v. art. 161, inc. 3, ap. b), Const. Pcial.: “La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: ... 3] Conoce y resuelve en grado de

generales de constitución válida de la relación procesal en cualquier instancia (vg., legitimación) o sin los cuales sería imposible organizar adecuadamente el trámite brindando seguridad jurídica a las decisiones judiciales (vg., plazo).

b) Volviendo al instituto que constituye el foco de esta investigación, cabe que nos preguntemos si, en el contexto analizado, es válido que el legislador prevea un “límite” a los remedios *sub examine*, como es el ‘certiorari’ previsto en el art. 31 bis de la ley 5827.

¿No conspiraría el precepto de marras contra el criterio explicitado en el apartado anterior, según el cual no es viable contemplar, en el ámbito de los recursos de inconstitucionalidad y de nulidad, más recaudos que aquellos previstos en la Constitución (vg. sentencia definitiva) o que sean consustanciales al trámite de una vía recursiva como la abordada (vg., legitimación, plazo)?

La respuesta demanda algunas precisiones.

apelación: ... b] De la nulidad argüida contra las *sentencias definitivas* pronunciadas en última instancia por los tribunales de justicia, cuando se alegue violación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de esta Constitución”).

La sistemática no coincide en el ámbito de la competencia recursiva destinada al ejercicio del control de constitucionalidad local, en la que sólo se determina que la Suprema Corte “ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes ...” (art. 161, inc. 1], Const. Pcial.). Por lo que en este punto el recaudo de la definitividad de la sentencia no tiene raigambre constitucional sino meramente legal, lo que podría permitir al legislador establecer un sistema diverso al contemplado en la actualidad. Así, por ejemplo, en vez de controlar la constitucionalidad de las normas recién en el momento de conocer respecto de los embates dirigidos contra la sentencia definitiva, sería posible idear un mecanismo de revisión incidental dentro de cada litis. Consideramos, de todos modos, que el sistema actual es el más adecuado en este punto, teniendo presente que las definiciones constitucionales que se producen durante el trámite de la litis y que son susceptibles de ocasionar un gravamen irparable, pueden llegar a conocimiento de la Corte provincial mediante la ampliación jurisprudencial del concepto de sentencia definitiva que avala en dicho ámbito la recurribilidad de decisiones que producen un efecto “equiparable” a tal, por ocasionar agravios de cuya subsanación ulterior resulta imposible o muy dificultosa (v. SCBA, Ac. 91.091, res. del 27-IV-2004; Ac. 105.048, res. del 13-V-2009; Rc. 112.958, res. del 30-III-2011; Rc. 112.610, res. del 11-V-2011, etc.).

Algo parecido ocurre con el recurso de inaplicabilidad de ley, en el que la Constitución no impuso el recaudo de la definitividad de modo explícito (v. art. 161, inc. 3, ap. a], Const. Pcial.: “La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: ... 3] Conoce y resuelve en grado de apelación: ... a] De la aplicabilidad de la ley en que los *tribunales de justicia en última instancia, funden su sentencia* sobre la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos”). Como puede verse, la Carta local se refiere aquí a la “sentencia” emanada de un “tribunal de justicia de última instancia”, sin que –como expresa en el inc. b] para recurso extraordinario de nulidad- la decisión en cuestión deba ser exclusivamente aquella que pone fin al pleito.

Hace muchos años MALAVER destacó dicha diferencia textual como un indicador significativo de la Constitución, que permitiría al legislador atribuir a la Corte competencia casatoria para conocer en cuestiones que no hayan sido resueltas en la sentencia de mérito (v. MALAVER, Antonio, *Curso de procedimientos judiciales en materia civil y mercantil*, Imp. Coni, Bs. As., 1875, pp. 152-156). Modernamente, de todos modos, la SCBA no ha hecho demasiado hincapié en esta distinción.

i) La más obvia de ellas es que nos estamos refiriendo a la compatibilidad del art. 31 bis de la ley 5827 con la Carta local, sólo en lo que respecta a las potestades reglamentarias de la legislatura para limitar dos vías de embate (recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y nulidad) que el constituyente no previó como pasibles de limitación por vía legal.

Por ende, no corresponde por ahora analizar otros argumentos que podrían conspirar contra la validez del citado precepto (vg., el examen del ‘certiorari’ a la luz de la garantía del debido proceso y del principio de igualdad), tema que examinaremos más adelante.

Tampoco resulta de interés en este punto lo concerniente al recurso de inaplicabilidad de ley, ya que –como vimos- dicho meandro impugnativo puede, según la letra misma de la Constitución, ser restringido por el ordenamiento adjetivo.

ii) Más interesante es el segundo aspecto que debe explorarse para responder al interrogante inicial, que es la naturaleza de las causales que habilitan el ejercicio del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires.

El punto es relevante porque de la lectura del art. 31 bis de la ley 5827 podemos advertir que no todos los motivos que autorizan la aplicación del instituto constituyen “restricciones” o “límites” al andamiaje de los remedios aludidos.

Si bien el análisis detenido de cada una de las causales será emprendido más adelante (v. *infra* capítulo sexto, esp. par. IV) podemos adelantar que, en esta jurisdicción, la Suprema Corte está habilitada para desestimar los recursos extraordinarios en cualquier estado del trámite, con la sola invocación del art. 31 bis de la ley 5827 y la referencia a la hipótesis pertinente, en los siguientes casos: ausencia de requisitos esenciales, fundamentación insuficiente, planteo de agravios desestimados en casos análogos, planteo de cuestiones insustanciales, planteo de cuestiones intrascendentes.

Del elenco precedente, puede advertirse que los cuatro primeros supuestos en nada han innovado respecto de los recaudos de admisibilidad de los recursos extraordinarios, sino que –como lo precisaremos más adelante (*infra*, capítulo sexto, par. IV, esp. ap. 4.1))- sólo han venido a agilizar el trámite de desestimación de recursos que *ab initio* estaban condenados al fracaso.

En estos casos, por ende, el llamado “certiorari” local sólo ha incorporado una herramienta destinada a *simplificar el proceso* para adoptar dicha definición. Lo que antes demandaba una serie de pasos necesarios estatuidos en el ordenamiento ritual (vg., vista al Procurador General, dictado de la “providencia de autos” –art. 283, CPCC-, presentación de memorias por las partes, etc.) y una fundamentación más exhaustiva, ahora puede concretarse en cualquier estado del procedimiento ante la Corte y sin más motivación que la referencia a la causal respectiva y la cita del dispositivo legal aludido.

En otras palabras, se trata de un mecanismo de simplificación argumental y agilización de pasos procesales, pero en modo alguno coloca nuevos recaudos de admisibilidad o de procedencia a los ya contemplados. Así, el recurso carente de recaudos esenciales, insuficiente, portante de agravios desestimados en casos análogos o insustanciales³¹, el rechazo del embate respectivo es una cuestión de tiempo y de modo. Sin acudir al art. 31 bis de la ley 5827, la Corte tardaría más en sellar la suerte de la impugnación llevada a sus estrados que utilizando dicho precepto, pero en ambos casos la decisión final del caso no varía.

Es por ello que, *respecto de dichos primeros motivos de ‘certiorari’* (ausencia de requisitos esenciales, fundamentación insuficiente, planteo de temas desestimados en casos análogos o de agravios insustanciales), *no se advierten reparos constitucionales relativos a la competencia del legislador para introducir esta clase de previsiones*, a la luz de la recordada doctrina según la cual el parlamento carece de atribuciones para limitar los recursos de inconstitucionalidad y nulidad (conf. art. 161 inc. 1] e inc. 2] ap. b]).

Con la causal de “*intrascendencia*” pasa algo distinto. Al determinar que un asunto podrá, según la sana discreción del alto cuerpo provincial, ser excluido de su competencia apelada si no resulta relevante, *la norma está contemplando el ejercicio de un poder basado en una condición inexistente en la Ley Suprema provincial*, lo que coloca a esta parcela de la norma en una delicada posición, teniendo en cuenta que la recordada regla imperante

³¹ Quedémonos por ahora con la idea de “insustancialidad” desarrollada por la Corte Suprema de la Nación en el ámbito del recurso extraordinario federal, en el que por una tradicional jurisprudencia ha considerado que resultan insustanciales aquellas cuestiones que “*carecen de toda base*, o respecto de la cual existe una *clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de indudable aplicación al caso y el recurso carece de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla*, lo cual impide cualquier controversia seria respecto a su solución”.

Estudiaremos con más detenimiento la definición de “cuestión insustancial” en el ordenamiento federal (art. 280 del CPCN) y provincial (art. 31 bis ley 5827) más adelante (*infra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.2] y capítulo sexto, par. IV, ap. 4.5]), donde veremos que la noción aludida dista de ser pacífica. Sin embargo, nos quedamos con la conceptualización transcrita para poder avanzar en el argumento desarrollado en el texto.

en la materia (surgida a partir de una hermenéutica histórica de la Corte), por la cual *el legislador no puede introducir recaudos de otra índole que los contemplados en la Constitución misma, o que sean necesarios en cualquier regulación de una vía recursiva como la señalada* (vg., legitimación, plazo).

En otras palabras, al contemplar la nota de trascendencia del caso como elemento susceptible de determinar la apertura de la competencia del máximo tribunal local en el ámbito de los recursos extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad, el legislador limita el andamiaje formal en un modo no autorizado por la Carta estadual.

Por ello, teniendo presente la recordada doctrina legal sentada en la causa “Sucesión de Julián Hernández” [1970], en la que –como fuera anticipado- la SCBA declaró la inconstitucionalidad de las restricciones adjetivas basadas en el valor del litigio mediante una interpretación literal de los incisos 1) y 3) del art. 161 de la Constitución de la Provincia, cabría concluir que el art. 31 bis de la ley 5827 (conf. ley 13.812) padece del mismo vicio al prever una pauta de selección (no ya cuantitativa como la *suma gravaminis*, sino cualitativa, como la “trascendencia” del asunto llevado a tales estrados) no autorizada por la Ley Suprema para el andamiaje de los remedios aludidos.

Cabe aclarar que la posición adoptada es independiente de la discusión, que abordaremos oportunamente, relativa a la naturaleza de la nota de trascendencia en el ámbito de los recursos extraordinarios (especialmente la definición de si se trata de un verdadero recaudo de admisibilidad de esta clase de embates –v. *infra*, capítulo sexto, par. IV, ap. 5]). En la medida en que la Corte puede hacer uso de este parámetro para desestimar un recurso, no interesa por ahora determinar si en tal caso el rechazo se produce por la ausencia de una condición de admisibilidad *stricto sensu*. Se trata en definitiva de un valladar basado en una pauta no prevista ni autorizada por el constituyente para los recursos extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad, que –por esa sola nota- le valen las objeciones apuntadas en la citada exégesis del máximo tribunal local.

No se nos escapa que una interpretación que salvaguarde la legitimidad supralegal del precepto es viable, aunque –claro está- llegando al mismo resultado.

En efecto, siguiendo las consideraciones precedentes, es posible concluir que, pese a la amplitud del citado art. 31 bis (que se refiere expresa e indistintamente a los

tres carriles extraordinarios locales), el ejercicio del ‘certiorari’ negativo por “intrascendencia” del caso tiene un *límite fundamental* en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires: *no puede hacerse uso de dicho dispositivo cuando el recurso interpuesto sea de nulidad o de inconstitucionalidad* (arts. 161, inc. 1] e inc.3, ap. b], Const. Pcial.). De este modo, a través de una hermenéutica “armonizante”³² de la norma en cuestión, se elude su declaración de inconstitucionalidad (*ultima ratio* del orden jurídico³³), aunque, en paralelo, se impide la aplicación de la misma en los casos en que conspire contra la ley suprema.

En los demás casos (es decir, en el ámbito del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, para todas las causales y en el de nulidad e inconstitucionalidad para los motivos del ‘certiorari’ diversos al referido a la “intrascendencia” del caso) no existen reparos constitucionales a la atribución ejercida por el legislador con la sanción del art. 31 bis de la ley 5827.

2) Revisión de la idea del “derecho” al recurso extraordinario.

a) Nos hemos referido hasta aquí a un primer aspecto, más bien formal, del debate relativo a la validez constitucional del instituto del ‘certiorari’, analizando exclusivamente el problema de la competencia del legislador para sancionar un régimen

³² Recurrimos a la expresión de SAGÜÉS, que define a dicho parámetro de interpretación como “aquél que obliga al intérprete de la norma infraconstitucional a escoger, entre las varias interpretaciones posibles de ella, la que se adecue a la ley suprema, y a rechazar las que sean incompatibles con esta última” (SAGÜÉS, Néstor P., “Interpretación constitucional y alquimia constitucional (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 1, enero – junio 2004, p. 151-170, esp. pp. 161 y 162).

GUASTINI explica con claridad esta variante hermenéutica, a la que denomina “interpretación conforme”, señalando que se trata de una de las especies más importantes del género de la interpretación “sistemática”. La misma, enseña el autor, tiene lugar cuando se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otra disposición o principio general superiores. “Así, por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones en conflicto, de forma que la primera sea conforme con las normas constitucionales mientras que la segunda está en contraste con ellas, se hace una interpretación conforme escogiendo la primera interpretación y rechazando la segunda” (v. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo ...*, ob. cit., pp. pp. 231-233).

³³ Ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad es la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (v. CSJN, “Fallos” 328:4282 [2005]; 329:5567 [2006]; 330:2255 [2007]; 331:2068 [2008]; v. asimismo “Fallos” 249:51 [1961]; 264:364 [1965]; 288:325 [1974]; 331:2799 [2008], etc.). Criterio acompañado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (conf. SCBA causas Ac 36570, “Bianchi”, sent. del 23-IX-1986; Ac. 47.340, “Caja de Crédito Martínez”, sent. del 17-III-1992; Ac. 87.787, sent. del 15-III-2006, entre otras).

Es por ello que en la exégesis de un precepto legal debe preferirse el sentido “que mejor concuerde con las garantías y los principios de la Constitución nacional, en la medida que el texto y el espíritu de la ley lo admita” (CSJN, “Fallos” 258:171 [1964]; 312:185 [1989]; 320:2701 [1997], etc.).

limitativo de los recursos extraordinarios, en las principales jurisdicciones a las que se refiere esta investigación (es decir, el régimen nacional –art. 280, CPCN- y el de la Provincia de Buenos Aires –art. 31 bis, ley 5827-).

Queda por desarrollar el aspecto sustancial de la cuestión, indagando acerca de la razonabilidad del dispositivo, especialmente a la luz de la garantía del debido proceso (arts. 18, Const. Nac.; 8, Convención Americana de Derechos Humanos) y del principio de igualdad (arts. 16, Const. Nac.; 1.1 y 24, CADH).

Pero previo a ello, entendemos que el referido análisis sustancial debe ser precedido de la enunciación de una idea poco enfatizada a la hora de examinar la constitucionalidad de este tipo de mecanismos de selección discrecional, que es la *necesidad de revisar la noción de que existe en nuestro ordenamiento un “derecho” constitucional al recurso extraordinario.*

Hemos anticipado que tanto en el ámbito federal (art. 117, Const. Nac.), como en el del principal remedio extraordinario de la Provincia de Buenos Aires (recurso de inaplicabilidad de ley, art. 161, inc. 3, ap. b], Const. Pcial.) el legislador no puede suprimir la competencia apelada de las Cortes, aunque sí limitarla razonablemente previendo recaudos propios de admisibilidad a dichas vías.

Es en este último aspecto en el que el punto ahora desarrollado se vuelve relevante, ya que muchas de las valoraciones tenidas en cuenta a la hora de analizar la razonabilidad de mecanismos de esta índole, parten de una concepción arraigada *en nuestra cultura*, por la que *se presupone la existencia de una prerrogativa supralegal a acceder a las cortes supremas para que las mismas conozcan de un caso comprendido en su competencia material (definida por presupuestos más o menos “rígidos” de procedencia).* A partir de dicha conjetura, se hace difícil la justificación de un precepto que autorice a desconocer semejante “libertad” sin más motivo que la indicación de la intrascendencia del asunto, valorada “sana” pero inmotivadamente por la Corte misma.

En otras palabras, entre los preconceptos propios de nuestra tradición jurídica permanece vigente la idea de que, superadas dichas barreras formales “rígidas” (plazo, depósito, *suma gravaminis*, interposición fundada y por escrito ante el órgano correspondiente, invocación fundada de una de las causales que habilitan el embate respectivo –vg., una cuestión federal que guarde relación directa e inmediata con el *thema decidendum*, conf. arts. 14 y 15, ley 48; o la denuncia de infracción de la ley o de la

doctrina legal en la casación local, conf. art. 279, CPCC y ccs.-, etc.), la parte afectada por un fallo tiene el derecho de que su caso sea oído por un superior tribunal.

De allí que todo desconocimiento de dicha “prerrogativa”, sustentado en un criterio “flexible” de trascendencia o cualquier otra valoración discrecional del órgano, resultaría una “restricción” a la libertad de acceder a la más alta esfera del servicio jurisdiccional.

Cabe reflexionar acerca de si dicha visión expandida entre nuestros operadores, encuentra respaldo en nuestro régimen positivo.

b) La determinación de parámetros de *trascendencia* para juzgar la admisibilidad de las vías casatorias (vg., el previsto en los arts. 280 del CPCN y 31 bis de la ley 5827 de la Provincia de Buenos Aires, para desestimar recursos que no cuenten con dicha nota; o el de la “gravedad institucional”, aplicado con el propósito inverso –admitir embates dotados de tal repercusión, por más que no cumplan con alguna de sus condiciones formales “típicas”-) produce el efecto de determinar el andamiaje de ese tipo de impugnaciones por razones cualitativas y flexibles.

Al proceder de ese modo, el legislador procura conferir a los superiores tribunales instrumentos para *decidir qué casos decidir*, reconociéndoles así una potestad de la que son ajenos otros cuerpos jurisdiccionales de alzada.

Lo hace por motivos funcionales: principalmente para garantizar que dichos cuerpos apliquen sus esfuerzos a aquello que constituye su misión más trascendente (vg., para la Corte Suprema federal: ser el último custodio y más fiel intérprete de la Constitución Nacional; para los Superiores Tribunales de Provincia: uniformar la interpretación de las normas de derecho común y llevar adelante en control constitucional local). Se consagra así un medio orientado a permitir razonablemente el cumplimiento de dicho cometido institucional, teniendo en cuenta que -a diferencia de los órganos inferiores del Poder Judicial (juzgados de primera instancia, tribunales de única instancia, cámaras de apelación)- las cortes supremas son únicas³⁴ y no pueden multiplicarse a medida que avanza la litigiosidad.

Dicha forma de limitación es, por ende, una de las variantes mediante las cuales puede lograrse una disminución de la carga de trabajo de las Cortes, permitiendo que

³⁴ Más adelante nos referiremos a la cuestión del aumento del número de integrantes de la Corte y a la posibilidad de su división en salas, variantes cuya discutible eficacia no obsta a lo afirmado en el texto.

resuelvan una cantidad de casos acorde con las posibilidades materiales de sus integrantes y, de este modo, concentren sus esfuerzos en el papel institucional para el que fueron diseñados. Otras modalidades de reglamentación, ya transitadas en diversas jurisdicciones (vg., recurso ordinario de apelación ante la CSN; recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la Provincia de Buenos Aires, etc.), parten de un criterio cuantitativo, fundamentalmente a través de recaudos como el de la *suma gravaminis* (que impide el acceso a la máxima judicatura de asuntos que no alcanzan determinado valor pecuniario) o los depósitos previos (montos a abonar al incoar un recurso, de tésis principalmente sancionatoria hacia quien acude sin razón a los estrados de un Superior Tribunal).

c) Cuesta encontrar una razón distinta al “acostumbramiento”, para explicar por qué nuestra cultura jurídica se adapta a la aplicación de topes económicos para la admisión de este tipo de embates, pero advierte como un “cercenamiento de derechos” la determinación de criterios cualitativos. Sin perjuicio de ello, parece necesario indagar en razones más profundas que la “inercia” para explicar la desconfianza en estos filtros y la aceptación de limitaciones como la *suma gravaminis*.

En tal sentido, existe una diferencia fundamental entre ambos criterios de selección que permite indicar en qué recae la desconfianza respecto de los segundos, independientemente de la ya destacada ausencia de antecedentes remotos en la consagración de esta clase de filtros en nuestra casación.

Sabido es que parámetros como el valor del litigio (claro exponente, a nuestro modo de ver, de una casación orientada al *ius litigatoris*³⁵) brindan mayor seguridad al operador, ya que para anticipar si un asunto será admitido por la Corte, basta con un ejercicio matemático de escasa complejidad. Algo parecido ocurre con limitaciones como el depósito previo de sumas dinerarias (vg., art. 286, CPCN, para la queja por

³⁵ Volveremos sobre este punto con posterioridad, por ahora bástenos con advertir que medir la trascendencia de un caso teniendo en cuenta el daño que la definición de la sentencia atacada provoca al litigante, implica valorar la repercusión del tema jurídico debatido sobre la base del interés de la parte y no del rol institucional de la Corte.

Es que a la comunidad forense que espera la última palabra de aquella en la dilucidación de conflictos de derecho de repercusión general, poco le interesa que en el litigio en el que se llegue a dicha definición, se modifique la condena en cientos, miles o millones de pesos. Importan, por el contrario, valores como la seguridad jurídica que se gana con el criterio adoptado o el mérito persuasivo del proceso hermenéutico por el que el máximo tribunal arriba a tal conclusión.

En similar sentido, v. DANTAS, Bruno, *Repercussão geral* ..., ob. cit., p. 111 (afirmando que “salvo raras excepciones, a nadie, salvo a las propias partes, interesa el valor de la causa tomado aisladamente” – traducción propia-)

denegación del recurso extraordinario federal; o el art. 280 del CPCBA para el recurso de inaplicabilidad de ley en la Provincia de Buenos Aires), modalidad reconocidamente sancionatoria pero fácilmente determinable por el litigante. También con la limitación de la competencia material propia de cada recurso, a través de la determinación de causales más o menos tarifadas de procedencia (arts. 14, ley 48 –cuestión federal-; 279, CPCBA –violación o errónea aplicación de la ley o de la doctrina legal-, etc.), que brindan guías más o menos seguras para el conocedor de estas armas.

En todos esos casos, repetimos, la interpretación de la norma permite dar cierta seguridad al litigante en cuanto a la aptitud de su caso para abrir las compuertas de la casación.

No sucede lo mismo con la definición de aquello que la Corte vaya a entender como “trascendente”. En este campo, en ausencia de parámetros reglamentados para medir la relevancia de un caso, el justiciable (o el doctrinario) sólo pueden estimar aproximadamente (dependiendo de la coherencia y transparencia con la que el filtro sea utilizado en la praxis) si las cuestiones articuladas cumplen con las condiciones para romper la barrera de la admisibilidad. Pese a que el interesado pueda desarrollar un análisis casuístico de los precedentes en los que dichos cuerpos jurisdiccionales decidieron intervenir, como para predecir si el asunto en cuestión posee similar magnitud, lo cierto es que quien deduce tales vías cuenta con limitadas herramientas para estimar si “su” impugnación será admitida.

Dicha incertidumbre, obviamente, se instala en la cultura jurídica media, desacostumbrada al reconocimiento explícito esa clase de instrumentos de valoración flexibles (o, incluso, “discrecionales”)³⁶ en el ámbito de la admisibilidad de los recursos. Se originan así fuertes recelos que conspiran contra la aceptación del instituto y predisponen desfavorablemente a quien analiza la razonabilidad del mismo.

De lo expuesto se deducen dos factores centrales en los que se basa el reparo cultural al que venimos haciendo referencia.

³⁶ Distinguiremos más adelante la tarea de interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, del ejercicio de potestades discrecionales. También veremos cómo, en nuestro país, ambas formas de actuación tienen lugar en la aplicación del ‘certiorari’ (v. *infra* par. IV; v. asimismo capítulo cuarto, par. IV, ap. 2]; capítulo sexto, par. IV, ap. 3.4.i]). En estos apartados iniciales no hemos ingresado de lleno en dicha diferenciación, por no ser necesaria aún para el desarrollo que se sigue en el texto.

En primer lugar, la ausencia de tradición en lo que concierne a la restricción de la competencia de los superiores tribunales mediante parámetros cualitativos como la “trascendencia”. No es aventurado presumir que si el recurso extraordinario respectivo nunca hubiera existido, su consagración original acompañada de filtros de selección como el de la trascendencia, no produciría tantos reparos como los que sí provoca la decisión de incorporar dicha clase de límites a embates tradicionalmente abiertos y únicamente restringidos por parámetros “rígidos”, relativamente fáciles de anticipar. La inserción de esta clase de modelos en estructuras que desconocen dicho tipo de filtros, naturalmente genera resistencias. Aun en países que, al día de la fecha, gozan de una acentuada tradición en la materia (como ocurre –por ejemplo- con los EEUU), la decisión de avanzar en un modelo de dichas características suscitó históricamente serios debates y objeciones (v. sobre el punto *infra*, capítulo tercero, par. II, esp. ap. 3.1]).

En segundo término, la indeterminación de los estándares que dan lugar a dicha selección de casos y el temor a que dicha cualidad, frecuentemente asociada con el otorgamiento de poderes “discrecionales” (lo que -como veremos- no es necesariamente cierto), transforme al filtro en un instrumento arbitrario de poder.

Se advierte así, y ésta es la premisa de la que queremos partir antes de penetrar en el análisis de razonabilidad del ‘certiorari’, un claro óbice cultural al que no puede ser ajeno quien coteja las opiniones discrepantes sobre la legitimidad del instituto.

d) Hace ya varios años la Corte ha buscado revisar la idea de que existe un “derecho al recurso extraordinario”, especialmente a partir de la reforma de 1990. En el conocido caso “Giroldi”³⁷ –entre otros aspectos- se abordó la incidencia de la reforma del art. 280 del CPCN respecto de la garantía de la doble instancia vigente en el proceso penal (art. 8.2.h, Convención Americana de Derechos Humanos).

Uno de los principales elementos de juicio tenidos allí en cuenta por el máximo tribunal para declarar la inconstitucionalidad del artículo 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación (que según el texto entonces vigente establecía un monto mínimo de pena para acceder al recurso ante la Cámara de Casación) fue precisamente la potestad de selección reconocida al alto cuerpo desde la introducción del ‘certiorari’:

³⁷CSN, G 342 XXVI, “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, sent. del 7-IV-1995, “Fallos” 318:514.

“A partir de la reforma introducida por la ley 23.774, que otorgó a la Corte Suprema la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia, en hipótesis como la del art. 459, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación, el remedio federal no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’” (fallo cit. consid. 7º).

Siendo entonces, que la innovación transformó la fisonomía del remedio previsto en el art. 14 de la ley 48 potenciando el poder de selección cualitativo-discrecional de la Corte, dicho instrumento de impugnación dejó de ser un mecanismo efectivo para garantizar el derecho al recurso impuesto en el Pacto de San José de Costa Rica con rango constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), lo que llevó al cimero cuerpo, a declarar la invalidez del tope cuantitativo (*suma gravaminis*) impuesto como condición para la revisión de la condena por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Si bien los alcances del derecho al recurso previsto en el art. 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos desborda el objeto de estas reflexiones, nos apoyamos en lo afirmado por la Corte en el recordado precedente “Giroldi”, dado que la premisa allí utilizada respecto de la influencia de la reforma del art. 280 del CPCN (ley 23.774), coincide con la idea desarrollada previamente en el texto: el instituto del ‘certiorari’ exige modificar radicalmente la idea (aún no extirpada de nuestra cultura jurídica) de que las condiciones de acceso a los superiores tribunales de justicia (entre ellas: la trascendencia de las cuestiones debatidas), constituyen fundamentalmente restricciones de una prerrogativa constitucionalmente asignada a la ciudadanía de tener “un día en la [Suprema] Corte”.

Dicha competencia apelada, ha pasado a ser un instrumento de selección cualitativa del máximo tribunal de la Nación (así como de los restantes órganos que cuentan con similares mecanismos de selección de causas, como la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) para poner en funcionamiento sus más elevadas misiones institucionales (tema sobre el que profundizaremos más adelante: v. *infra*, capítulo cuarto, par. IV. ap. 3.4]; capítulo sexto, par. IV, ap. 4.7]).

Van a pasar décadas hasta que se consolide la idea de que los casos concluyen - por regla- ante las instancias de grado y que no existe un derecho constitucional a “tener un día en la (Suprema) Corte”, sino que –por el contrario- *el recurso extraordinario es el instrumento final y extremo del Estado para obtener una definición jurídica determinante sobre temas que, por su trascendencia, no consientan ser dilucidados sino por el cuerpo ubicado en el vértice del sistema de Justicia.*

Y cuando dicha visión se altere, la incisiva visión del operador, que transita el servicio jurisdiccional para obtener del mismo una sentencia fundada, eficaz, dictada en tiempo razonable y producto de un trámite respetuoso de la garantía del debido proceso, va a dirigirse al *verdadero motor del afianzamiento de la justicia* que impone la Constitución Nacional desde su Preámbulo: *la renovación y fortalecimiento de los órganos de primera instancia.*

3) El deber de motivación de las sentencias. Motivación, transparencia y acceso a la información pública.

*“A un caballero, en una discusión teológica o literaria,
le arrojaron en la cara un vaso de vino. El agredido no se inmutó y dijo al ofensor:
Esto, señor, es una digresión; espero su argumento” (Jorge L. BORGES)³⁸*

3.1) Introducción.

Varias fases ha tenido históricamente el desarrollo de la exigencia de motivación y fundamentación de las sentencias³⁹, que van desde la inexigibilidad de la misma,

³⁸ BORGES, Jorge L., “Arte de injuriar”, en *Historia de la eternidad*, 1998 [orig: 1936], Alianza, Madrid, pp. 176-177. Por su ejemplar claridad y agudeza, las conocidas palabras de BORGES, que el literato considerara idóneas para justificar la “suficiente hermosa inmortalidad del doctor Henderson”, el autor de la “réplica” del citado pasaje, han sido utilizadas en más de una oportunidad por la doctrina nacional, para ironizar acerca del laconismo de la tradicional fórmula inmotivada con la que la Corte Suprema declara la inadmisibilidad de los recursos intrascendentes (v. en tal sentido: SABELLI, Héctor E., “El rechazo ‘sin motivación’ del recurso extraordinario cuando la cuestión federal es intrascendente, ¿es constitucional? (sobre el *certiorari* criollo)”, en *JA* 2003-I-1343; VANOSSI, Jorge Reinaldo, “La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte de la Argentina (Balance de una década de ‘certiorari’ criollo)”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLV – Segunda Época – N° 38 – Diciembre 2000; *id.*, “El recurso extraordinario”, en *Prudentia Iuris*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Bs. As., n° 53 [2000]).

³⁹ V. TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, esp. cap. 6°, pp. 319-370; SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, ob. cit., t. 2, § 361 y ss.; ORTELLS RAMOS, Manuel, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, pp. 889-932.

pasando por momentos en los que incluso fue prohibida (Real Cédula Carlos III, 1778⁴⁰), hasta la actualidad, en que el deber de motivación impera como regla de fuente constitucional, aunque admite ciertas atenuaciones y excepciones (vg., juicio por jurados⁴¹, divorcio vincular por mutuo consentimiento –art. 236, *in fine*, Cód. Civil-, providencias simples –art. 160, CPCN, *id.* CPCBA-, etc.).

Diversos son los fundamentos de dicho deber. Sintetizando al extremo el discurso para ajustarlo a la finalidad de la presente investigación, podemos señalar que los pilares fundamentales en los que se basa dicha imposición de rango constitucional son los siguientes:

a) La motivación legitima el ejercicio de los poderes del estado y es una manifestación del principio republicano en el ámbito del poder judicial (publicidad de los actos de gobierno, control “político” de su actuación, etc.).

b) La necesidad de fundar un juicio, favorece el uso de la razón en dicha labor. Es decir, que si bien es posible una decisión razonada aunque no motivada (es decir, la

⁴⁰ La Real Cédula de Carlos III del 23 de junio de 1778 fue incorporada con carácter obligatorio para todos los tribunales de la Monarquía por la Novísima Recopilación (ley VIII, Libro X, título XV). Su texto (o las partes más importantes del mismo) son frecuentemente recordadas por los autores que se han dedicado a la indagación histórica del deber de motivación de las sentencias (v. nota al pie anterior), como el paradigma histórico de la ideología absolutista, que no concebía a dicha fase de la sentencia como una garantía para el justiciable, sino como una carga para la autoridad y una fuente de “confusión” para las partes. Y, por tales razones, se la suprimía en estos términos:

“Para evitar los perjuicios que resultan en la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y las costas que a las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias como se observa en el mi Consejo y en la mayor parte de los Tribunales del Reyno; y lo que a exemplo de lo que ha prevenido la Audiencia de Mallorca, los tribunales ordinarios, incluso los provilegiados, excusen de motivar las sentencias como hasta aquí, con los vistos y atentos, en que se refería el hecho de los autos y los fundamentos alegados por las partes; derogando como en esta parte derogo, el auto acordado 22, título 2, lib. I de la Recopilación, u otra cualquiera resolución o estilo que haya en contrario”.

⁴¹ Si bien desde hace tiempo se encuentran en revisión los clásicos modelos de jurados que sólo se expiden por la absolución o la condena, sin dar motivo alguno para ello, tales mecanismos de participación popular en la tarea de juzgar se encuentra aún ampliamente difundida en el derecho comparado, siendo sometidos constantemente a revisión desde una perspectiva conceptual, constitucional y convencional (v. BELLUSCIO, Augusto, “El juicio por jurado ante la Corte Europea de Derechos Humanos”, en *JA* del 20-VI-2011).

En la Argentina, una de las escasas experiencias modernas de implementación práctica del juicio por jurados (aquella conocida meta impuesta por el constituyente desde 1853, tantas veces citada como ejemplo de desuetudo), es el sistema de enjuiciamiento penal de la Provincia de Córdoba. En lo que interesa a lo afirmado en el texto, el ordenamiento cordobés procura complementar la tésis del juicio por jurados (participación ciudadana en la administración de justicia), con el deber de motivación de los pronunciamientos, diseñando un régimen de integración mixta de jueces técnicos con jurados legos. Los primeros son los encargados de aportar la motivación que los segundos no están en condiciones de brindar por razones de incumbencia (v. FERNÁNDEZ, Raúl E., “El juicio por jurados y el deber de fundar la sentencia”, ponencia presentada en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, disponible en http://www.procesalsantafe2011.com/vp-content/uploads/2011/05/Fernández_Raul.pdf -último acceso: mayo 2012-).

emisión de un juicio basado en elementos serios de reflexión, lógicamente y axiológicamente aceptables, que no queden exteriorizados en el fallo⁴², como ocurre – por ejemplo- con el veredicto de un jurado que actúa responsablemente), lo cierto es que cuando un tribunal se ve forzado a exteriorizar su razonamiento, es más probable que dicha labor reflexiva previa no sea omitida.

En palabras de TARUFFO, utilizadas para explicar la influencia que el deber de motivación tiene para favorecer el uso de la razón para la toma de decisiones, “la previsión de deber motivar la decisión puede inducir al juez a acentuar la racionalización del proceso decisorio”⁴³. Similares conceptos elabora CARNELUTTI: “que el decidente deba razonar antes de deliberar, es una cosa; sin embargo, de ordinario, es oportuno que comunique también su razonamiento porque, en primer término, esto lo obliga a razonar”⁴⁴.

c) Asimismo, la motivación es condición *sine qua non* para el ejercicio del derecho de defensa en juicio⁴⁵, especialmente por la imposibilidad de atacar los fundamentos de un fallo cuando no se puede acceder a los mismos.

3.2) Motivación y derecho de defensa. Restricción a la posibilidad de impugnar las decisiones infundadas.

Ni bien se evalúan dichos pilares básicos que justifican el deber aludido, puede advertirse que, en el caso particular de la motivación de las decisiones sobre

⁴² Discute *in extenso* la posibilidad de distinguir entre *decisión* y *motivación* (o razonamiento decisorio y razonamiento justificativo), aceptándola con argumentos convincentes: TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, pp. 144, 213 y ss. (asociando dichos conceptos con las conocidas fases epistemológicas: el “contexto de descubrimiento” [juicio] y el “contexto de justificación” [motivación]). Del mismo autor, v. asimismo: *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, ob. cit., pp. 180-181 y 191-200.

⁴³ TARRUFFO, Michele, *La motivazione ...*, ob cit., p. 144.

⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, t. II, Ejea, 1971, p. 267 (cit. por SABELLI, Héctor, “El rechazo ‘sin motivación’ del recurso extraordinario ...”, cit. p. 1352).

También PERELMAN recuerda las palabras de SAWEL, al considerar –en línea con el argumento apuntado en el texto- que “motivar una decisión es expresar sus razones, lo que obliga al que la toma, a tenerlas” (PERELMAN, Charles, *La lógica jurídica y la nueva retórica* [trad.: Luis DIEZ PICAZO], Civitas, Madrid, 1979, p. 202).

⁴⁵ Así lo ha señalado la Corte Suprema de la Nación en múltiples oportunidades (v. CSN, “Fallos” 330:4454 [2007]; 331:583, 1090 y 2077 [2008], etc.), construcción a partir de la cual ha históricamente desarrollado su potente doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

La tesisura ha sido receptada asimismo por la Corte IDH, al señalar que: “la motivación de la decisión judicial es condición de posibilidad para garantizar el derecho de defensa. En efecto, la argumentación ofrecida por el juez debe mostrar claramente que han sido debidamente tomados en cuenta los argumentos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado rigurosamente” (Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Itáñez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, Serie 170 párr. 118).

admisibilidad de los recursos extraordinarios, los dos primeros argumentos esgrimidos (publicidad, transparencia y control “político”, por un lado, e incentivo para la emisión de juicios razonados, por el otro), priman sobre el tercero (la motivación como instrumento indispensable para revisar la legitimidad de la decisión en el caso concreto).

Dicho predominio se explica por la circunstancia que las decisiones relativas a la admisión de esta clase de impugnaciones, difícilmente sean reexaminadas por un tribunal superior.

En las hipótesis de aplicación del art. 280 del CPCN, la inimpugnabilidad obviamente se magnifica, por la ubicación de la Corte Suprema como el último eslabón de la jurisdicción argentina, es decir: la ausencia de un tribunal superior que revise sus decisiones. Con lo que, frente al ejercicio irregular del poder de selección que le confiere aquel dispositivo, sólo sería posible denunciar al Estado Argentino ante los órganos de protección internacional de los derechos humanos, si se considerase que el poder reconocido en aquel precepto o su utilización en un caso concreto, hubiera ocasionado una lesión del Pacto San José de Costa Rica⁴⁶.

En el caso de los superiores tribunales provinciales (vg., en la Provincia de Buenos Aires, el art. 31 bis, ley 5827), las dificultades en la revisión de este tipo de decisiones son menores, pero no quedan excluidas. En efecto, la Corte federal, a través de la doctrina de la arbitrariedad, ha penetrado en más de una oportunidad en la valoración desplegada por los máximos tribunales estatales respecto de la admisibilidad de los recursos extraordinarios locales. Sin embargo, dicha intervención ha sido considerada “particularmente excepcional” en este ámbito⁴⁷, por lo que no es dable augurar un ejercicio fecundo de las potestades de contralor que la Corte Suprema de la Nación pueda desplegar respecto del modo en que los superiores tribunales provinciales utilicen, en el futuro, el ‘certiorari’ de trascendencia.

⁴⁶ Sugiere esta posibilidad de revisión, partiendo de la premisa de que el art. 280 del CPCN es inconstitucional e inconveniente *per se*, al habilitar una decisión inmotivada sobre la admisibilidad del recurso extraordinario federal: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “¿Es la República Argentina un Estado violador de los derechos humanos en virtud del art. 280 del CPCN?”, *JA* 2003-I-1325.

Veremos más adelante que esta clase de planteos no han tenido acogida en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

⁴⁷ La Corte Suprema federal ha reiteradamente sostenido que la regla según la cual las cuestiones relativas a la admisibilidad de recursos no son revisables en la instancia extraordinaria, se agrava cuando se trata de pronunciamientos de superiores tribunales de provincia relativos a su competencia apelada, señalando que, en estos casos, “la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación particularmente restringida (CSN, “Fallos” 327:370 [2004]; 328:3869 y 4497 [2005]; 332:1616 [2009]).

3.3) Motivación y publicidad. Posibilidad constitucional de limitar el deber de fundamentación de las resoluciones sobre admisibilidad adoptadas por los tribunales superiores.

Ahora bien, de la premisa según la cual las decisiones de los superiores tribunales sobre admisibilidad de los recursos extraordinarios son muy difíciles de revisar en el mismo pleito, no se deriva como conclusión necesaria la posibilidad de obviar el recaudo de fundamentación de tales resoluciones.

Es que, como fuera anticipado, el deber de fundar las decisiones jurisdiccionales también se justifica en premisas constitucionales diversas a la señalada y ajenas a toda idea de utilidad de la motivación como antecedente necesario para la impugnación de lo resuelto. Nos referimos al enclave de dicho recaudo como pilar histórico del sistema republicano de gobierno, destinado a favorecer el conocimiento de la comunidad acerca de las decisiones de los poderes públicos y a fomentar la transparencia y el control ciudadano sobre el ejercicio de la autoridad⁴⁸. Lo cual, mediatamente, desalienta la arbitrariedad en el uso de dichas potestades.

El problema fundamental que dicho ideario afronta en el ámbito de las decisiones relativas a la selección de causas por parte de las cortes supremas, es el riesgo de que una motivación extensa de las razones de la inadmisibilidad, termine conspirando contra la finalidad misma del instrumento, que precisamente busca despejar la agenda de tales tribunales de toda actividad que no la coloque en el ejercicio de sus misiones institucionales más trascendentes.

Buena parte de la doctrina se alza contra esta forma de justificar la limitación radical que produce el ‘certiorari’ en la carga de motivación de las decisiones sobre admisibilidad. Se sostiene, en síntesis, que dicho predominio de lo “práctico” sobre el imperativo constitucional de fundar las sentencias, es inconciliable con la Ley Suprema⁴⁹. Por lo que, en dicha línea de pensamiento, una corte suprema sólo podría

⁴⁸ TARUFFO denomina a esta línea de justificación como la “función extraprocesal” y “democrática” de la motivación, frente a la función “endoprocesal” de la misma, tendiente a que las partes comprendan claramente el contenido de la decisión y evalúen la viabilidad de su impugnación (TARUFFO, Michele, *La motivazione ...*, ob. cit., pp. 328-332).

⁴⁹ TRIONFETTI plantea este dilema con toda claridad: “La posibilidad de que exista coincidencia o discordancia entre lo práctico y lo justo no responde a la casualidad sino a una decisión deliberada de obrar en uno u otro sentido. Decisión que exhibe, también, las virtudes y posicionamientos ideológicos de quien la adopta. El análisis de la aplicación por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación expone la opción que el máximo tribunal del país sigue para denegar

hacer uso regular del mecanismo analizado, explicitando las razones por las que un caso es considerado intrascendente, insustancial, etc.⁵⁰

Pese a la calidad de la exposición, es discutible el argumento que coloca a lo “práctico” en las antípodas de lo “justo”. En una era en la que los estudios sobre los valores fundamentales del derecho y de la justicia no se pueden desentener del análisis sobre su efectividad, poco margen queda para desarrollos dogmáticos relativos a los principios emanados de la Ley Suprema, que no recalén, al menos en parte, en la viabilidad de su vigencia práctica. En este sentido, consideramos que lo “práctico” no es necesariamente opuesto a lo “justo”, ni que pueda sostenerse que un instituto (como la imposición a los jueces de la Corte de hacer explícitas, en cada caso, las razones de la inadmisibilidad de un recurso extraordinario) sea justo, si –de este modo- resultara impracticable el cumplimiento efectivo de los roles para los que aquél cuerpo está mentado.

En otros términos: si cada presentación que arribe a los estrados de un tribunal de estas características⁵¹ mereciera que todos (o la mayoría) de sus jueces se deban embarcar expresamente en un *racconto* de los antecedentes del caso, del modo en que el mismo fue decidido por los tribunales de grado, de los argumentos llevados por las

el recurso extraordinario federal: lo práctico sobre lo justo” (TRIONFETTI, Víctor, “Reflexiones acerca del art. 280 del CPCCN: un aporte constructivo a la ley 402”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año II, n° 3, 2001, pp. 313-324). Más limitadamente, denunciando simplemente el apartamiento de la “justicia” a propósito de la aplicación del ‘certiorari’: v. WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo, “La justicia desplazara por el ‘certiorari’”, en *ED* 179-427.

⁵⁰ La ausencia de motivación de la decisión que desestima los recursos extraordinarios federales con la sola cita del precepto citado, ha sido el reproche más levantado por la doctrina que considera que dicha norma es inconstitucional, sin que se admita que las razones prácticas asociadas con la carga de trabajo de la Corte sean razón suficiente para obviar el imperativo aludido. Ver, en tal sentido: VITALE, Gustavo L., “La indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba (el ilegítimo ‘certiorari’ al revés)”, en *JA* 2003-II-1244; SABELLI, Héctor E., “El rechazo ‘sin motivación’ del recurso extraordinario cuando la cuestión federal es intrascendente, ¿es constitucional? (sobre el *certiorari* criollo)”, en *JA* 2003-I-1343; EKMEDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, t. V, 1999, p. 551; *id.* *Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, 3° ed. 1997, pp. 57-58; OCLESE, Juan M. “La institución del certiorari repugna al concepto nacional del derecho de defensa, *JA* 1997-IV-981 y ss.; PADILLA, Miguel M., “El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el derecho al acceso a la justicia”, *LL* 1992-E-358; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “¿Es la República Argentina un Estado violador de los derechos humanos en virtud del art. 280 del CPCN?”, *JA* 2003-I-1325; TRIONFETTI, Víctor, “Reflexiones acerca del art. 280 del CPCCN...”, cit.

⁵¹ Para tener una idea aproximada del número de presentaciones que anualmente buscan abrirse paso ante los superiores tribunales de nuestro país (especialmente, los que poseen instrumentos de selección de causas como el ‘certiorari’), puede destacarse que, en el año 2010, ingresaron la Corte Suprema de la Nación unas 13.388 causas (9.131 comunes, 4.257 previsionales), de las cuales más del 85% pertenecen a la competencia apelada del máximo tribunal (el porcentaje asciende al 93% en el caso de los expedientes previsionales), correspondiente a los recursos extraordinarios y recursos de queja por denegación de estos últimos [Fuente: OFICINA DE ESTADÍSTICAS DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN – *Estadísticas Año 2010*].

partes en el recurso extraordinario, de las razones por las que se entiende que las cuestiones respectivas cumplen o no con los elementos necesarios para ser calificadas como trascendentes (vg., explicar los conflictos jurisprudenciales actuales o potenciales ante los tribunales de grado sobre el t3pico a decidir, evaluar el impacto que la futura sentencia de m3rito tendr3a sobre una porci3n relevante de la comunidad, etc.), el “filtro” perder3a buena parte de su utilidad como mecanismo de descongesti3n y perfeccionamiento del rol institucional de la Corte. A consecuencia de ello, esta 3ltima deber3a someter una parte sustancial de sus recursos humanos y materiales en una tarea que si bien podr3a rendir buenos frutos, el legislador ha considerado con razones suficientes como no prioritaria (la de explicitar, en cada caso, los motivos por los que se pondera la trascendencia de las cuestiones debatidas).

Es por ello que, en este 3mbito, la limitaci3n del principio constitucional seg3n el cual las sentencias judiciales deben estar fundadas, llega a su punto m3s elevado, toler3ndose pronunciamientos de admisibilidad (no de m3rito) que s3lo se apoyen en la cita de un precepto legal (art. 280, CPCN, v. *infra*, cap3tulo cuarto, par. IV, ap. 5]) o que adicione a dicha referencia normativa simplemente la causal por la que se desestima el embate resepectivo (art. 31 bis, ley 5827, v. *infra*, cap3tulo sexto, par. VI, ap. 6], pr3ctica esta 3ltima m3s recomendable que la Corte federal debiera seguir, como luego veremos).

En s3ntesis, frente a la imposibilidad de “nombrar m3s cortes supremas” para aliviar la carga de trabajo de los jueces de un 3rgano que, por sus caracter3sticas y misiones, est3 llamado a ser 3nico, el ordenamiento termina dise1ando un sistema de selecci3n de causas basado en la trascendencia de las cuestiones debatidas, autoriz3ndolo as3, en buena medida, a *decidir qu3 casos decidir*, atenuando, por id3nticas razones, el deber de fundamentaci3n de las decisiones de esa 3ndole, que queda reducido a la mera introducci3n de breves citas legales o, con mejor criterio, a la indicaci3n de la causal por la que se aplica el ‘certiorari’.

Por el enclave institucional de las cortes supremas, la limitaci3n introducida en este 3mbito respecto de la motivaci3n exigible a las resoluciones sobre admisibilidad de los recursos extraordinarios ha sido considerada razonable, tanto en nuestro pa3s como en el derecho comparado, e incluso ante el sistema europeo de protecci3n internacional de los derechos humanos (v. *infra*, ap. 8).

Motivos prácticos, es cierto, pero no por ello menos importantes para adoptar una decisión de alta política judicial, como es la definición de los rasgos centrales de la jurisdicción la Corte Suprema de la Nación o del superior tribunal del principal estado argentino. Es que insistir en una práctica ideal en la que todo agravio de derecho o de índole federal (según el caso) sea sometido a examen y decisión de mérito por un tribunal superior, demanda hacer explícitos los medios a través de los cuales dicha inspección sería posible. Como lo señalaba hace tiempo ALBERDI, “lo que es imposible no es del dominio de la política, pertenece a la universidad, o, si es bello, a la poesía”⁵².

3.4) *Motivación y transparencia. Posibilidad de mejorar la transparencia en el uso del ‘certiorari’, sin agravar sustancialmente la carga de motivación.*

“Todas las acciones referentes al derecho de otros hombres, cuya máxima no es compatible con la publicidad, son injustas” (Kant)⁵³

Ahora bien, la línea argumental utilizada para justificar semejante limitación del deber de fundar las decisiones judiciales en estas hipótesis sólo es aceptable en la medida en que sea sometida a un escrutinio más intenso, que permita dotar de legitimidad al *ejercicio* del filtro analizado. Nos explicamos.

Puede aceptarse, siguiendo las consideraciones explicitadas en el apartado anterior, que las cortes supremas carezcan de recursos suficientes para tener que explicitar *in extenso*, en cada caso, las razones por las que se desestima un embate (vg., desarrollar los motivos por los que se lo considera intrascendente, impropio de sus misiones institucionales, insuficientemente fundado, insustancial, etc.). También es posible reconocer que la imposición de una carga de motivación rigurosa en este

⁵² ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* [orig: 1852], consultada la edición publicada por la Editorial El Ateneo, integrando una compilación de estudios constitucionales del citado autor bajo el título ALBERDI, Juan B., *Organización de la Confederación Argentina*, Bs. As., 1913, cap. XIX, p. 103).

Una apelación a las necesidades funcionales prácticas que impiden a la Corte atender todas las cuestiones justiciables federales (recurso extraordinario “perfecto o ideal”) y justifican la concesión de facultades prudenciales (no arbitrarias) de selección, puede encontrarse en GUASTAVINO, Elías P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, t. I, p. 469.

⁵³ KANT, Emmanuel, *La paz perpetua* [trad.: Rivera Pastor], 9º ed., Espasa Calpe, Madrid, 1997, cit. por VALLEFÍN, Carlos, *El acceso a la información pública. Una introducción*, Ad Hoc, Bs. As., 2009, p. 14.

ámbito, puede conspirar contra la finalidad misma por la que se establece esta clase de filtros.

Sin embargo, dicha *ratio* obviamente no llega a avalar la desestimación de los recursos sin siquiera examinarlos para verificar si efectivamente portan cuestiones relevantes. *Lo que se atenúa*, gracias a previsiones de este tenor, *es la motivación o exteriorización formal del juicio de admisibilidad, pero no se suprime el juicio mismo*⁵⁴.

De estas premisas pueden extraerse algunas consecuencias relevantes en nuestro país. Corolarios que, a la postre, sirven como: i) propuestas de modificación de la praxis actualmente vigente respecto de la utilización del artículo 280 del CPCN, en el ámbito federal; y ii) advertencias sobre el empleo que, en el futuro, la Suprema Corte provincial pueda hacer del parámetro de trascendencia establecido en el art. 31 bis de la ley 5827, como recaudo de admisibilidad de los recursos extraordinarios locales.

El *primer corolario* a tener en cuenta respecto de la dinámica de funcionamiento del art. 280 del CPCN, es que las resoluciones que acuden a dicho precepto para declarar la inadmisibilidad de las impugnaciones federales, *podrían perfectamente identificar, al menos, la causal de ‘certiorari’ a la que responde el decisorio, sin afectar la eficacia del dispositivo*. Siendo que, a efectos de juzgar la trascendencia o intrascendencia de las cuestiones involucradas, la Corte debe necesariamente analizar cada caso y proyectar la repercusión que tendrá en la comunidad una resolución de mérito sobre las mismas, el alto cuerpo podría complementar la motivación del resolutorio respectivo, sin comprometer sus posibilidades funcionales. Nos referimos a la adición, junto con la habitual cita del art. 280 del CPCN, de la hipótesis por la cual se hace uso del filtro en clave negativa. Dicho aditamento en modo alguno conspiraría contra la eficacia de la herramienta analizada, dado que no consumiría más recursos humanos ni materiales que los que actualmente se abocan a la tarea de marras.

Como se verá más adelante (v. *infra*, ap. capítulo cuarto, par. IV, ap.5]), el máximo tribunal ha descartado toda posible amplitud en la hermenéutica del citado precepto adjetivo⁵⁵, razón por la cual no queda demasiado lugar para el optimismo en la

⁵⁴ Acerca de la posibilidad de distinguir entre “juicio” y “motivación”, reiteramos la remisión a la obra de TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, pp. 144, 213 y ss.; íd., *El vértice ...*, ob. cit., pp. 180-181 y 191-200 (v. *supra*, ap. 3.1).

⁵⁵ Como se verá en el lugar al que se remite en el texto, la CSN ha expresado que cuando ella hace uso de la facultad prevista en el art. 280 del CPCN, lo hace según su “sana discreción” y no tiene el deber de fundar la

materia. Sin embargo, entendemos que con una señal, aunque sea mínima (como la que se postula), la Corte podría atemperar (aunque seguramente no suprimir) la reprobación general que en las partes y en los profesionales suscita la utilización del precepto⁵⁶.

Otro camino intermedio que se puede transitar para hacer más plausible la utilización del ‘certiorari’, parte de *deslindar adecuadamente* el instituto de la *motivación*, del principio de *transparencia*. Intentaremos demostrar que, aun cuando se limite hasta el extremo el deber de motivar, es posible pergeñar mecanismos para fomentar la transparencia en dicha labor de selección.

Hemos visto que una de las razones fundamentales por las que se considera al imperativo de fundar las resoluciones judiciales como una derivación directa de la Ley Suprema, es la transparencia en la gestión de la “cosa pública”. Sin embargo, *hay otros dispositivos que permiten dotar de transparencia al obrar judicial, diversos a la carga de motivación* de los fallos.

Es decir, que entre motivación y transparencia existe una relación cercana y evidente, sin que –de todos modos- quepa identificar el campo de actuación de uno y otro, como si fueran lo mismo. La motivación de los fallos encuentra uno de sus fundamentos en el principio de transparencia, pero éste juega un papel más amplio en el desarrollo de la actividad jurisdiccional, que excede la sola carga de justificar las decisiones.

Es por ello que, en lo que aquí interesa, aun cuando se limite sustancialmente el deber de fundar las decisiones por las que se aplica el ‘certiorari’, puede pensarse en otros instrumentos que –sin agravar irrazonablemente la carga de trabajo de una corte suprema- garanticen el *acceso público a la información relevante sobre los antecedentes tenidos en cuenta por dichos tribunales para seleccionar los casos dignos de un pronunciamiento de mérito*.

En otras palabras: apuntocar la transparencia, aun manteniendo la limitación extrema del deber de fundamentación.

sentencia (causa M. 2059. XLII; “Mohana, Laura Cristina c/Cama Loutsch, Guillermo Alberto”, sent. del 12-06-2007). Lo cual aleja toda posibilidad de atenuar el rigor de la norma citada imponiendo al máximo tribunal que indique aunque sea mínimamente el motivo por el que aplica el ‘certiorari’. Puede entonces advertirse que el criterio de la Corte ha sido claro y contundente: no es necesaria fundamentación alguna distinta a la cita del art. 280 del CPCN.

⁵⁶ Reprobación que podemos encontrar reflejada en varios pasajes de doctrina, permitiéndonos acudir a las palabras de de MORELLO: “La Corte puede hacer mucho, *casi todo y a veces lo lleva a cabo con sorpresa y disgusto del abogado recursista*” (MORELLO, Augusto M., *El recurso extraordinario*, 2º ed., con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello, Platense, p. 140).

Un *primer instrumento* para dotar de transparencia a los criterios de selección de los superiores tribunales, es la *enunciación, con carácter general, de los parámetros que serán tenidos en cuenta para juzgar la trascendencia* de las cuestiones llevadas ante sus estrados. Diversas variantes pueden adoptarse en este sentido, como la aprobación de acordadas reglamentarias, la emisión de reglas de “autolimitación” o el dictado de un pronunciamiento concreto susceptible de ser tomado como precedente al que se pueda remitir en el futuro. Evaluaremos estas opciones más adelante (v. *infra*, capítulo sexto, par. VI, ap.1]), lugar al que remitimos.

Otros caminos a través de los cuales puede avanzarse en una reforma del género, no requieren necesariamente de una reforma legislativa y podrían ser implementados a través de *modificaciones en la gestión de causas*, como el rediseño del trámite de circulación de los expedientes, de la confección de memorándums utilizados para informar a los jueces acerca de los antecedentes relevantes del caso y la publicación de los fallos.

No muchos países pueden exhibir resultados de este tenor, es decir, instrumentos de gestión y acceso a la información a través de los cuales se pueda, por ejemplo, conocer las características de un caso desestimado por considerarse que no poseía relevancia suficiente como para traspasar la puerta de ingreso a la Corte Suprema.

En Brasil –como veremos con más detenimiento al examinar el régimen de la *‘repercussão geral’* vigente en dicho ordenamiento (v. *infra*, capítulo tercero, par. VIII, esp. ap. 4.4)]- el Supremo Tribunal Federal ha introducido en su reglamento interno una previsión según la cual la Presidencia del STF “promoverá una amplia y específica divulgación del tenor de las decisiones sobre repercusión general, así como la creación y actualización de un banco electrónico de datos a su respecto”. Disposición que, vale señalarlo, ha sido respetada por el citado cuerpo, al difundir en su sitio web el elenco de causas admitidas o desestimadas de acuerdo con el referido parámetro de selección, con transcripción de la decisión respectiva y una breve relación de las cuestiones articuladas en el caso y de los fundamentos adoptados para decidir como se lo hizo.

En Francia, por su parte, la resolución que aplica el filtro de “no admisión” que estudiaremos oportunamente, también carece sustancialmente de motivación. Sin embargo, en el sitio de la Corte de Casación se incorpora un anexo con los argumentos

del recurso desestimado, permitiendo así tener acceso a la información sobre las características del caso resuelto (v. *infra*, cap. tercero, par. VI, ap. 5.2.d). También en el Reino Unido puede accederse sencillamente a un resumen de los antecedentes de cada caso sometido al “permiso para apelar”. De modo que, aun en ausencia total de motivación, se puede tener alguna aproximación a dicha información para valorar los criterios utilizados por la Suprema Corte británica en cada caso (v. *infra*, capítulo tercero, par. III, ap. 4 *in fine*).

En síntesis, esta segunda propuesta sugerida para mejorar el funcionamiento del ‘certiorari’ en nuestro país (especialmente en el ámbito de la Corte Suprema de la Nación, cuyas decisiones carecen de toda motivación por fuera de la cita del art. 280 del CPCN), consiste en disponer una *sistematización adecuada de los casos que son sometidos a dicho tamiz de admisión*, para que pueda conocerse con mayor precisión la causal por la que se aplicó el mismo en cada caso y los antecedentes tenidos en cuenta para resolverse como se lo hizo.

A tales efectos, puede aprovecharse el esfuerzo realizado en la elaboración de los memorándums que circulan junto con los proyectos de resolución, que pese a no ser parte de la decisión respectiva y estar legítimamente amparados por la confidencialidad⁵⁷, constituyen un elemento lo suficientemente valioso como para elaborar una base de datos que permita indagar en los criterios utilizados por la Corte para “decidir qué casos decidir”.

Un ejemplo de aproximación a esta clase de instrumentos puede encontrarse en la difusión que la Corte federal hace de los antecedentes de las causas en las que permite

⁵⁷ Los memorándums utilizados como documentos internos de discusión pueden válidamente ser excluidos del derecho de acceso a la información en cualquier área del estado (*lato sensu*), según ha sido establecido en diversas legislaciones tanto en nuestro país como en el derecho comparado. Así, por ejemplo, el art. 16, inc. h) del Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo Nacional (Dec. 1172/2003, Anexo VIII) contempla, entre las excepciones al régimen de marras, la posibilidad de negarse a proveer deber información sobre “notas internas con recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso previo al dictado de un acto administrativo o a la toma de una decisión, que no formen parte de un expediente”. En similar sentido, aunque ampliando injustificadamente los alcances de la excepción a todo “acto preparatorio” (sin aclarar qué ocurre cuando el mismo se encuentra incluido en las actuaciones respectivas), se expide el art. 16, inc. a) del Dec. 2549/04 (Reglamento General de Acceso a Documentos Administrativos para el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires). Pueden encontrarse antecedentes de dichas previsiones, que enuncian la regla conocida como “privilegio del proceso deliberativo” (*deliberative process privilege*), en la Ley Federal de Acceso a la Información de los Estados Unidos (*Freedom of Information Act* de 1966, 5° excepción a la regla de acceso) y en la Ley Modelo de Acceso a la Información Administrativa de la OEA (art. 7, ap. VI); no así en la “Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información” de la OEA (2010), que no contempla esta excepción.

la participación de *amicus curiae* (conf. Acord. 48/2004). En tales expedientes, el máximo tribunal enuncia en su sitio web la síntesis de la problemática debatida, para que las organizaciones que deseen intervenir como “amigos del tribunal” tengan un acceso sencillo a la información pertinente, pudiendo de este modo seguir la agenda de asuntos de interés público tramitados ante sus estrados⁵⁸. Los informes publicados en cada caso no llevan la firma de los jueces ni de ningún funcionario de la Corte, por lo que no parece agravarse la carga de trabajo de los primeros. Por esta razón, entendemos que la expansión de este tipo de iniciativas en el ámbito de del ‘certiorari’ puede ser un paso mínimo e indispensable para dotar de mayor transparencia al proceso de selección de causas en el vértice de la jurisdicción.

De este modo, aun un sistema apoyado en la ausencia o limitación extrema de motivación, puede ser más transparente en su funcionamiento práctico.

4) Igualdad ante la ley (tratamiento igualitario de casos)

Aun admitiendo que el legislador pueda reconocer a un tribunal superior la posibilidad de decidir qué casos decidir sobre la base de parámetros flexibles como la trascendencia o, incluso, se habilite el ejercicio de poderes discrecionales en la materia, existe un último principio a tener en cuenta para examinar la legitimidad constitucional del *ejercicio concreto* de dicha atribución: la necesidad de brindar un trato igualitario a los asuntos que pretenden abrirse paso ante los más altos estrados jurisdiccionales del país.

Como puede fácilmente apreciarse, no se trata de examinar la constitucionalidad del “filtro” en sí mismo considerado, como ocurría fundamentalmente cuando analizábamos el dilema relativo a la posibilidad del legislador de brindar esta clase de potestades a un órgano jurisdiccional, o el quid de la reducción sustancial de la motivación en este ámbito.

Por el contrario, el problema constitucional a dirimir en este punto, recae sobre la utilización que se hace instrumento en cada caso, para evaluar si la Corte guarda coherencia sincrónica y diacrónica en la definición de aquello que se considera trascendente en cada caso. En otras palabras, si frente a dos o más casos en los que se

⁵⁸ Puede accederse a esa base en http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/cons_tema.jsp?temaID=K160

plantean cuestiones de idéntica relevancia, la admisibilidad de los embates respectivos sigue la misma tendencia.

SAGÜES plantea el problema con claridad:

“... [P]arece que no es inconstitucional que la ley 23.774 haya permitido a la Corte (en el recurso extraordinario) escoger qué procesos resolverá, en función de su trascendencia.

Ahora bien: ¿no puede arguirse, sin embargo, que una selección a ‘gusto y paladar’ de la Corte lesiona el principio de igualdad que impone el art. 16 de la Constitución federal? ¿Es constitucionalmente válido que dos casos similares sean atendidos de distinto modo, uno aceptado y otro rechazado, porque –aun siendo los dos intrascendentes- a la Corte le agradó considerar el primero, y no entrar a juzgar en el segundo? Lo inconstitucional, alertamos, no derivaría de otorgar a la Corte la facultad de distinguir entre recursos extraordinarios ‘trascendentes’ e ‘intrascendentes’, sino en dar trato desigualitario a los ‘intrascendentes’...”

Agregando más adelante que:

“... [E]l nuevo art. 280 habla de “sana discreción” de la Corte, en la tarea de selección de causas [...]. La discrecionalidad sana parece referirse al arbitrio legítimo, sansato, aproximadamente igualitario, y desde luego, no arbitrario, ni inequitativo, ni discriminatorio e irrazonable. En una palabra, la *discrecionalidad sana* es impuesta por la ley 23.774 y resultaría compatible con la Constitución. Pero la *discrecionalidad no sana* resultaría primero ilegal (por vulnerar el art. 280 del Cód. Cprocesal) y además inconstitucional (por atentar contra el debido proceso y la igualdad)”⁵⁹ (cursiva en el original).

Compartimos dicha línea de pensamiento, que considera al principio de igualdad como un componente fundamental para poder afirmar que la discrecionalidad ejercida de la Corte es “sana”, en los términos del art. 280 del CPCN⁶⁰.

Una solución contraria, que permitiera a la Corte dar injustificadamente preferencia a un caso sobre otro, sin más explicación que el mero capricho en la selección, configuraría una lesión al principio establecido en el art. 16 de la Const. Nac.

⁵⁹ SAGÜES, Nestor P., “El ‘writ of certiorari’ argentino (las reformas de la ley 23.774, respecto al recurso extraordinario)”, en LL 1990-C (sección doctrina), pp. 717-724, esp. p. 720.

⁶⁰ El agregado del calificativo “sana” en el art. 280 del CPCN (utilizado también por el art. 31 bis de la ley 5827), puede ser visto como redundante, si se tiene en cuenta la acepción del término discreción en el lenguaje natural. En efecto, la primera acepción de la voz “discrecional” contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición indica: “Que se hace libre y prudencialmente”. Puede advertirse así que dicha definición incluye los dos vectores que se encuentran en tensión constante: libertad y prudencia.

Sin embargo, frente al tortuoso camino que ha transitado el concepto de “discrecionalidad” en el mundo jurídico, la inclusión expresa de un elemento lexicográfico que destaque la existencia de ciertos límites a la libertad de la Corte para decidir sobre su competencia apelada (por más vagos que sean), no parece una postura criticable del legislador.

(conf. asimismo, arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos), por brindar un trato injustificadamente diverso a dos controversias que poseen las mismas cualidades para ser atendidas por un superior tribunal⁶¹.

Más de un autor ha dedicado sus esfuerzos en nuestro país, a encontrar inconsistencias de este tenor en el desarrollo de esa “jurisprudencia implícita” que se va forjando cuando la Corte Suprema decide desestimar liminarmente o, por el contrario, “dejar pasar” recursos extraordinarios aplicando o no, respectivamente, el filtro previsto en el ordenamiento adjetivo⁶².

Se trata, como es sabido, de un relevamiento complejo, por la ya advertida tendencia del máximo tribunal federal a aplicar, al pie de la letra, el segmento del precepto de marras que la autoriza a declarar inadmisibles los embates intrascendentes, sin dar razones para ello ni aportar elementos adicionales que permitan salvaguardar la transparencia en el proceso de selección. En otras palabras: ante la falta sustancial de motivación y la ausencia de paliativos que tiendan a brindar mayor transparencia al ejercicio del ‘certiorari’ (v. *supra*, ap. 3), el operador del sistema o el investigador se encuentran ante un obstáculo casi insalvable para evaluar con rigor suficiente la analogía de los casos que son admitidos o desestimados. Ello, naturalmente, dificulta la posibilidad de controlar el respeto que la Corte le brinda al principio de igualdad en la tarea de selección de casos.

⁶¹ Aun los autores que consideran constitucionalmente válido el resorte establecido en el art. 280 del CPCN (lo mismo cabría decir para el art. 31 bis de la ley 5827), dejan a salvo la necesidad de que el ejercicio de la discrecionalidad allí reconocida sea, como lo indica la norma, “sana”.

Entre ellos, pueden recordarse los conceptos SAGÜÉS, transcritos en el texto y citados previamente. En similar sentido, BIDART CAMPOS ha entendido que el art. 280 del CPCN está lejos de ser una autorización para decidir con arbitrariedad, y aparece más bien, como reconociendo a la Corte una discreción razonable a ser empleada a su sano criterio, dentro de un “margen de arbitrio político-jurídico que es propio de todos los órganos que son cabeza o titulares de un poder” (BIDART CAMPOS, Germán, “El ‘certiorari’ y la ‘avocación’ en la competencia de la Corte Suprema (Innovaciones en un proyecto de reforma)”, en *ED* 115-805 [refiriéndose a la versión del art. 280 del CPCN proyectada por el Ministerio de Justicia en 1984, similar a la redacción actual]; *id.*, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, 1995, t. II, p. 684-686. V. asimismo, en esta línea de pensamiento, FERREYRA, Raúl Gustavo, “Corte Suprema de Justicia argentina y control de constitucionalidad. Vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal”, en *VVAA* [CARBONELL, Miguel: coord.], *Derecho Constitucional, Memoria*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004, pp. 483-522 (esp. pp. 508-512).

⁶² Para citar algunos estudios de este tenor, puede recordarse los trabajos de: OTEIZA, Eduardo, “El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n° 1, 1998, pp. 71-85; *id.*, “El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte”, en *JA* 1998-I-706; HÉRCULES, “La sana discreción de la Corte viola el principio de igualdad”, en *JA* 2005-II-785; VITALE, Gustavo, “Indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba (el llamado certiorari al revés)”, en *JA* 2003-II (sección doctrina), pp. 1244-1254 (esp. p. 1248).

En tales condiciones, el reparo constitucional identificado en este apartado subsistirá permanentemente, dado que –como fuera anticipado- se trata de óbice que no se dirime con el cotejo estático de la norma frente a la Constitución, sino que demanda un estudio delicado de la dinámica de su ejercicio como tamiz de admisión. Es decir, que a diferencia de los restantes cuestionamientos constitucionales, ya planteados y resueltos negativamente por la Corte, el que aquí se estudia nunca podrá ser considerado “insustancial” (según el sentido que a este concepto le ha dado el máximo tribunal federal –v. *infra* capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.2]-), es decir, que mantendrá vigencia año a año y sólo podrá ser desestimado frente a la ausencia de demostración del ejercicio arbitrario o caprichoso de dicha potestad, en un determinado período o en una determinada serie de casos.

Ahora bien, a la hora de evaluar tal denuncia de infracción al principio de igualdad, debe afinarse la noción de aquello que corresponde considerar “idéntico” o “análogo”, dato fundamental para poder denunciar que dos casos de similares características han sido tratados de modo diverso por un tribunal superior.

Para penetrar en este punto, necesitamos anticipar algunas de las premisas que oportunamente desarrollaremos respecto de la variabilidad de los parámetros con los que se juzga la trascendencia de un asunto. De otro modo, no se podrá tener la precisión suficiente como para explicar la importante salvedad precedente.

Como fuera adelantado, el reparo vinculado con la utilización arbitraria, tornadiza o desigual del ‘certiorari’, requiere demostrar que dos o más casos equiparables en cuanto a su trascendencia, fueron tratados de modo dispar (algunos admitidos y, otros, descartados con la sola cita del art. 280 del CPCN).

Ahora bien, el dilema fundamental a examinar es el siguiente: ¿cómo puede juzgarse que las cuestiones articuladas en tales asuntos son equivalentes en cuanto a su trascendencia? La respuesta inicial sería: dos o más recursos portan cuestiones igualmente trascendentes (o intrascendentes) cuando cumplen (o incumplen) del mismo modo los parámetros tenidos en cuenta por la Corte para determinar dicho criterio cualitativo de selección.

Y ¿cuáles serían entonces tales parámetros?

Como lo analizaremos con detenimiento al estudiar el concepto de trascendencia en los dos principales filtros establecidos en nuestro ordenamiento (art.

280 del CPCN en el ámbito nacional -v. *infra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4-; y art. 31 bis de la ley 5827, en la casación de la Provincia de Buenos Aires -v. *infra*, capítulo sexto, par. IV, ap. 4.7-), dos notas fundamentales deben darse para que un asunto pueda ser considerado “trascendente”: i) su *pertinencia institucional* (idoneidad de las cuestiones planteadas para colocar a la Corte en ejercicio de uno de sus cometidos institucionales); y ii) la *repercusión general* (aptitud del debate para expandir sus efectos, directa o indirectamente, sobre una porción relevante de la comunidad).

Cumpléndose con tales condiciones, el caso *deberá* ingresar a los estrados del superior tribunal respectivo; mientras que, en caso contrario (es decir, al ser intrascendentes las cuestiones articuladas), *podrá* ser admitido según su sana discreción. Esta última atribución (admisión de recursos en los que se plantean temas intrascendentes) es la única potestad verdaderamente discrecional que poseen en nuestro país las cortes supremas. Es decir, que la única hipótesis en la que el legislador faculta a estos cuerpos jurisdiccionales para definir abiertamente los criterios que utilizará en la selección de casos, es en la recepción de remedios carentes de repercusión general.

Por lo que, según la tesis que se defiende en esta investigación, el control de admisibilidad basado en la trascendencia de las cuestiones articuladas debe ser desplegado por la Corte en dos fases fundamentales:

En primer lugar, la verificación de la relevancia de las cuestiones a dirimir, ámbito en el que el tribunal afronta un problema de interpretación y aplicación, al caso concreto, de un concepto jurídico indeterminado: la trascendencia. De dar resultado positivo, el embate deberá ser admitido. En caso negativo, el máximo tribunal podrá, de todos modos, oír la impugnación de marras, si -según su sana discreción- existiera mérito para ello.

Ahora bien, la máxima amplitud (discrecionalidad *stricto sensu*) que posee la Corte en este último aspecto, tampoco la habilita a actuar intuitiva o irreflexivamente, por mero instinto, paladar o motivaciones de más bajo fuste. La discrecionalidad, para ser “sanamente” ejercitada, impone al cimero tribunal: i) determinar qué criterios tendrá en cuenta para hacer uso de dicha herramienta (definición en la que –repetimos- tiene muy amplias potestades, ya que el legislador no le aportó parámetro alguno como guía); y ii) atenerse a esa línea de acción en el futuro.

La Corte Suprema de la Nación (único cuerpo que en nuestro país cuenta con antecedentes suficientes de aplicación del ‘certiorari’ de trascendencia), no ha explicitado los criterios que utiliza para aplicar el concepto de trascendencia, ni para seleccionar los casos irrelevantes que discrecionalmente considera dignos de su atención. Lo que, como vimos, dificulta en extremo en análisis relativo a la salvaguarda del principio de igualdad en este ámbito.

Cuando nos dediquemos en profundidad a este dilema central de la presente investigación, llegaremos a la conclusión que los parámetros que permiten definir a la trascendencia, son diversos de aquellos que autorizan la admisión discrecional de recursos intrascendentes.

En el primer caso (es decir, para determinar la trascendencia de las cuestiones articuladas), debe “graduarse” la pertinencia institucional y la repercusión general de un asunto, de modo que -por ejemplo- cuanto mayor sea el grado de impacto que en la comunidad produce un debate jurídico, más posibilidades tendrá el caso de ser admitido ante los más altos estrados judiciales.

En el segundo caso (admisión discrecional de recursos “intrascendentes”), el parámetro a utilizar varía, ya que no se trata de “medir” la mayor o menor relevancia de temas que ya han sido definidos como irrelevantes, sino de juzgar elementos como la verosimilitud de la impugnación o la necesidad de dirimir tales tópicos para resolver un problema de derecho verdaderamente trascendente. En el primer caso, cuando más clara sea la infracción denunciada respecto de cuestiones que –insistimos- interesan fundamentalmente a las partes en litigio, más posibilidades habrá de que la Corte haga uso de su “función axiológica”, para ingresar en el caso y dejar sin efecto la decisión atacada. En el segundo supuesto quedan encuadrados, en general, recursos deducidos en “casos” trascendentes, que portan “cuestiones” intrascendentes (vg., denuncia de arbitrariedad o absurdo en la determinación de la plataforma fáctica de una litis en la que se hubieran articulado planteos constitucionales relevantes y novedosos).

Es por ello que, para determinar si un superior tribunal actúa equitativamente en este ámbito, sin privilegiar indebidamente un caso sobre otro de iguales características, debe tenerse presente que las razones por las que dicho cuerpo juzga a un caso como “trascendente”, varían radicalmente de aquélas por las cuales decide admitir discrecionalmente un asunto “intrascendente”.

Así, siguiendo las premisas precedentes, la analogía que debe predicarse entre dos controversias intrascendentes, para imputar a la Corte Suprema un ejercicio incoherente o arbitrario de sus potestades de selección, debe recalar necesariamente en el grado de verosimilitud que la queja tenía en uno y otro asunto, o en la necesidad de dirimir dichos planteos como condición previa para penetrar en una discusión relevante. Se verificará entonces una vulneración de la garantía reconocida en el art. 16 de la Constitución Nacional, si dos remedios deducidos a efectos de revisar cuestiones de hecho o temas de derecho carentes de repercusión general, pese a tener idénticas perspectivas de éxito *prima facie* valoradas y ser necesarios para dirimir casos de idéntica relevancia institucional, fueron tratados de modo discordante (uno admitido, el otro desestimado por aplicación del art. 280 del CPCN o del art. 31 bis de la ley 5827).

La advertencia es importante para evitar simplificaciones en este ámbito.

En tal sentido, para sostener que el máximo tribunal actúa arbitrariamente, no bastará con criticar la decisión de ingresar sólo en algunos de los múltiples recursos que se deducen anualmente articulando cuestiones de hecho y prueba (denuncia de arbitrariedad o absurdo mediante), dejando en el camino un tendal de impugnaciones que también versaban sobre temas de esa índole. Dicha línea de cuestionamiento es fácilmente comprobable, al examinar el repertorio de la Corte Suprema y verificar la cantidad de causas en las que las cuestiones debatidas no desbordan el interés de las partes en el pleito.

Sin embargo, de acuerdo con lo expresado, la crítica es insuficiente, ya que el análisis es más complejo, aunque no imposible, si se consintieran las reformas propiciadas para brindar mayor transparencia en este ámbito.

5) Jurisprudencia: control constitucional y convencional del ‘certiorari’.

Luego de explorar el debate constitucional asociado a esta clase de resortes de selección colocados en cabeza de los superiores tribunales para controlar su agenda y ceñir sus esfuerzos a aquellas materias que le permiten despelagar su papel institucional, cabe que nos detengamos en la jurisprudencia que, sobre el punto, han desarrollado las cortes respectivas.

5.1) La Corte Suprema y la constitucionalidad del art. 280 del CPCN.

Entre los cuerpos jurisdiccionales que han estado en condiciones de afrontar la cuestión de la validez suprallegal de este tipo de dispositivos, se encuentra la Corte Suprema de la Nación, que tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto luego de la introducción en 1990 del art. 280 del CPCN. Dicho precepto ha superado en más de una oportunidad los reproches de inconstitucionalidad que se le formularan.

Inicialmente, cabe señalar –como lo hacen con acierto BIANCHI y LAGARRE⁶³– que la reiterada aplicación de la norma citada puede considerarse, al menos, como un reconocimiento implícito de su validez constitucional. Ciertamente es que la doctrina de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad ha tenido una compleja evolución en el seno del máximo tribunal federal⁶⁴, como para estimar sencillamente que la sola aplicación de un precepto, por más reiterada que sea, importe validar sus alcances. Sin embargo, en el caso del art. 280 del CPCN, teniendo la Corte a su disposición los medios ordinarios para resolver los casos llevados a sus estrados, resulta significativa la opción por acudir masivamente a un instrumento que, si lo considerara contrario a la Ley Suprema, no le impediría resolver el mérito de los asuntos absteniéndose de ejercer negativamente la “discrecionalidad” que allí se le confiere.

⁶³ BIANCHI, Alberto - LAGARRE, Santiago, “El ‘certiorari’ en acción (Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia)”, *LL* 1993-C-841

⁶⁴ Como es sabido, hasta hace no mucho tiempo, la Corte Suprema había mantenido una histórica posición negatoria en la materia, considerando que si bien los jueces están facultados para disponer la inconstitucionalidad, ello solamente pueden hacerlo en la causa en que estén obligados a fallar y –por regla- a *petición de parte* (v. CSN, “Fallos”, 190:142 [1941]; 306:303 [1984]; 310:1090; 311:1843, entre otros).

Sin embargo, a partir de la causa “Mill de Pereyra” (“Fallos” 324:3219 [2001]) y más claramente a partir de “Banco de Finanzas” (“Fallos” 327:3117 [2004]) dicho rumbo fue modificado radicalmente, admitiéndose explícitamente la posibilidad de que los jueces declaren de oficio la inconstitucionalidad de las leyes, como una variante más de las potestades que les incumben por aplicación del clásico principio *iura novit curia*: “si bien los jueces no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad en abstracto *no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada*, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho. La potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia* incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando en el caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir constitucional, desechando la de rango inferior” (CSN, “Banco de Finanzas”, cit., consid. 3°).

Si bien esta reducida síntesis obviamente no abastece un análisis profundo de la cuestión involucrada, alcanza para justificar lo afirmado en el texto sobre el camino oscilante que ha seguido la doctrina del control de constitucionalidad de oficio en nuestro país (v. al respecto, sin pretender agotar la nómina de destacados autores que han abordado esta problemática: BIDART CAMPOS, German, *Derecho Constitucional, realidad, normatividad y justicia*, Ediar, Bs. As., 1966, pp. 262-263; *id.*, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Ediar, Bs. As., 1995, t. II, pp. 498-506; *id.*, “Control de constitucionalidad de oficio”, *LL* 147-294; HITTERS, Juan C., “Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique su doctrina)”, *ED* 116-896; BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Bs. As., 1992, pp. 207-226; SAGÜÉS, Nestor P., “La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas. Un problema de sociología judicial”, *LL* 1981-A-841; *id.*, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, 4° ed., t. I, pp. 133-148; HARO, Ricardo, “El control de oficio de constitucionalidad”, en *ED* 64-645; GARAY, Alberto F. “Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio”, en *JA* 2008-II-1404, entre otros).

Estas elucubraciones, de todos modos, han quedado despejadas a partir de la adopción y consolidación explícita, en el seno de la Corte Suprema, del criterio validante del ‘certiorari’ vernáculo. De acuerdo con el íter jurisprudencial que desarrollaremos a continuación, puede apreciarse que dicha posición fue inicialmente asumida de modo expreso por algunos de sus integrantes, para luego transformarse en la posición unánime del cimero cuerpo y consolidarse al punto de haberse transformado ese debate en una “cuestión insustancial” (es decir, un dilema sobre el que la Corte no admite seguir discutiendo, hasta que le traigan argumentos novedosos que la puedan llevar a cambiar de parecer -v. sobre la categoría de las “cuestiones insustanciales” *infra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.2). Veamos este itinerario.

A los pocos años de la sanción de la ley 23.774, algunos de los miembros de la Corte Suprema se expidieron sobre los fundamentos del instituto, definiendo claramente su perfil como mecanismo tendiente a reforzar el rol institucional del alto cuerpo. Así puede advertirse de la opinión exteriorizada por los Dres. PETRACCHI, MOLINÉ O’CONNOR y CAVAGNA MARTÍNEZ en el caso “Ekmedjan c/ Sofovich”⁶⁵:

“[...] La ley 23.774 ha introducido una importante modificación en el ámbito del recurso extraordinario. Tal es la reforma del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: ‘La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia’.

La finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que -de una manera realista- su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional. Cometido éste que, desde temprana hora, el Tribunal ha reconocido como el más propio de su elevado ministerio (Fallos: 1:340, del 17 de octubre de 1864).

La reforma tiende, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta a las funciones de este Tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional.

Ello, a su vez, tributa a la vertiente jurisprudencial según la cual el recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más alta de la Corte, la que se satisface cabalmente cuando están en juego problemas de singular gravedad. Esto es así

⁶⁵ CSN, “Fallos” 315:1492, “Ekmedjan c/ Sofovich” [1992] (disidencia de los Dres. PETRACCHI y MOLINÉ O’CONNOR, esp. consid. 3º a 10º); 316:1967, “Cornes” [1993] (disidencia de los Dres. CAVAGNA MARTÍNEZ y MOLINÉ O’CONNOR).

en razón de que el fallo del Tribunal es precisamente el fin de la jurisdicción eminente que le ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en cuestiones entre particulares (Fallos: 248:61, considerando 4º; 248:189, considerando 3º).

Por su propósito y su índole, traducidos en su nombre, dicha apelación es un medio excepcional cuyo alcance debe delimitarse de un modo severo, para no desnaturalizar su función y convertirlo en una nueva instancia ordinaria de todos los pleitos que se tramitan ante los tribunales del país (Fallos: 48:71; 97:285; 179:5, entre otros).

4º) Que, consecuentemente, más que una inteligencia pormenorizada de cada uno de los términos expresados en la norma (falta de agravio federal suficiente, cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia), debe rescatarse el carácter análogo de éstos y su convergencia en una misma finalidad: la de preservar a esta Corte a fin de que, ‘según su sana discreción’, pueda centrar su tarea en los asuntos que pongan en juego su relevante función.

5º) Que el mencionado criterio se compadece, además, con el establecido en el derecho comparado respecto de tribunales de similares características y parejos problemas.

Así, luego de un detenido estudio e investigación sobre diversos altos tribunales del mundo, y al tratar la ‘corte suprema ideal’, sostiene André Tunc que, para dichos órganos, la selección de los asuntos que examinarán atentamente y sobre los que pronunciarán una decisión motivada, parece imponerse necesariamente. ‘Si uno se esfuerza en despojarse de sus hábitos para observar objetivamente el problema de trabajo de esos tribunales, parece que resulta irresistiblemente llevado a la idea de selección. Al aceptar, dentro de un espíritu de dar -quizás- una mejor justicia, el examen de todos los casos que le son planteados, la Corte se impide a sí misma ejercer en buenas condiciones su misión que le incumbe en interés de todos -no de todos los litigantes, sino de todos los ciudadanos-’ (La Cour Judiciaire Supreme, une enquete comparative, París, 1978, págs. 440 y 443).

6º) Que, en procura de tal finalidad, el rumbo trazado por el nuevo texto legal se vincula estrechamente, aunque con modalidades propias, con el que rige la competencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, tal como se desprende del Mensaje que acompañó al proyecto del Poder Ejecutivo, hoy ley 23.774. En efecto, allí se califica al citado art. 280 como una ‘innovación’ que ‘se apoya en el Proyecto de Reformas a la ley N° 48 elaborado por la Comisión creada por resolución del Ministerio de Educación y Justicia N° 772, del 9 de abril de 1984’ (Mensaje N° 771, párrafo penúltimo), el cual preveía un precepto análogo al ahora vigente, con el expreso señalamiento de que entrañaba ‘la innovación de mayor trascendencia’, y que ‘sin duda’ consistía ‘en la incorporación al derecho positivo argentino del *writ of certiorari* del derecho norteamericano’ (Exposición de Motivos del Proyecto de Reformas, cit., VI, c. 2), conclusión, respecto de este instituto, que corroboran los debates parlamentarios.

Y, desde esta perspectiva, es apropiado recordar la Regla 17 dictada por ese Alto Tribunal sobre el *writ of certiorari*: la revisión por ese medio, ‘no es una obligación legal, sino materia del sano arbitrio judicial (*judicial discretion*), y solamente será otorgada cuando existan para ello razones especiales e importantes ...’.

Con base en ello, ha sido expresado que esa Corte no se reúne para satisfacer un interés académico ni tampoco para el beneficio particular de los litigantes. Razones especiales e importantes mueven a resolver un problema que va más allá de lo académico o episódico -Justicia Frankfurter, en *Rice v. Sioux City Cementery*, 349 U.S. 70,74 (1954).

Es asimismo reveladora la reforma al United States Code, aprobada el 27 de junio de 1988, tendiente a conferir a la mencionada Suprema Corte un mayor grado de discrecionalidad en la selección de los litigios (*Public Law*, 100-352).

[...]

8º) Que, desde luego, fórmulas como las escogidas por el Congreso no son susceptibles de resumirse en definiciones exhaustivas que, por lo demás, son propias de la doctrina y ajenas a la función judicial.

Sin perjuicio de ello, es innegable que el Tribunal tiene hoy la grave autoridad de seleccionar por imperio de la ya citada norma, los asuntos que tratará sustancialmente. Ello deberá ser cumplido antes que con una ilimitada discrecionalidad, con arreglo a la ‘sana’ discreción que la norma le impone y que la razonabilidad le exige sin olvidar los arts. 14 y 15 de la ley 48, y 6 de la ley 4055, y las pautas o estándares del art. 280 cit.”.

9º) Que, por consiguiente, así como la Corte se encuentra habilitada para desestimar los asuntos que carezcan de trascendencia, así también lo está para intervenir cuando de un modo claro aparezca dicha trascendencia [...].”.

Hasta ese momento, de todos modos, no se había resuelto expresamente un planteo de inconstitucionalidad de la norma, aunque –como puede verse de la transcripción anterior- se habían anticipado importantes premisas que permitían sin demasiados esfuerzos predecir en qué sentido se resolvería una cuestión del género.

No pasó mucho tiempo hasta que una explícita articulación de inconstitucionalidad se hiciera presente para su resolución por el alto cuerpo. Así, en una causa en la que la mayoría de los jueces entendió que la impugnación dirigida contra el art. 280 del CPCN había sido extemporáneamente deducida (por lo que no ingresaron en su análisis fondal)⁶⁶, los restantes Ministros (Dres. BARRA, BELLUSCIO y BOGGIANO) consideraron que cabía igualmente ingresar en el tema, en atención a su “relevancia”, sortenado a tal efecto los óbices procesales que obstaculizaran dicho tratamiento⁶⁷. Y, al expedirse sobre el tópico de marras, expresaron:

⁶⁶ CSN “Fallos” 316:64, “Rodríguez” [1993]

⁶⁷ Señalaron en este sentido que: “...si bien los agravios constitucionales vinculados con la declaración de inconstitucionalidad del arto 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según ley 23.774) no fueron propuestos anteriormente, cabe atenderlos en esta instancia de conformidad con la consolidada

“3) Que la desestimación de un recurso extraordinario por la sola invocación de una norma procesal y sin dar fundamento alguno, no conculca los derechos constitucionales invocados por la recurrente (arts. 14, 16, 17, 18, 28 y 31 de la Constitución Nacional). El artículo 101 de la Constitución prevé el ejercicio de la jurisdicción apelada por la Corte Suprema según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso y no se observa irrazonabilidad en la reglamentación legislativa que comporta la norma cuestionada. Por el contrario, la norma permite al Tribunal ejercer con mayor eficacia su obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad. El cabal desempeño de esta alta misión torna imperativo desatender los planteos de cuestiones, aun federales, carentes de trascendencia”⁶⁸.

Como puede advertirse, el foco argumental de dicha opinión se ciñe brevemente a dos aspectos de la problemática constitucional del ‘certiorari’ federal: i) la posibilidad de que el legislador establezca límites y excepciones a la competencia apelada de la Corte Suprema; ii) la necesidad de dotar de mayor eficacia al control de constitucionalidad que el ordenamiento le encarga al tribunal.

Tiempo después, la Corte tuvo oportunidad de examinar en pleno una articulación de este tenor (suscribieron la decisión los Dres. NAZARENO, MOLINÉ O’CONNOR, FAYT, BELLUSCIO, PETRACCHI, BOGGIANO, LÓPEZ, BOSSERT y VÁSQUEZ –este último con voto concurrente al que haremos referencia más adelante-), sin encontrar allí obstáculos adjetivos para hacerlo. Así, retomando los argumentos utilizados inicialmente por los Dres. PETRACCHI, MOLINÉ O’CONNOR y CAVAGNA MARTÍNEZ, a los que se hiciera referencia *supra*, el máximo tribunal rechazó la inconstitucionalidad denunciada, en estos términos⁶⁹:

“[...] 2º) Que en lo atinente al planteo de inconstitucionalidad del citado art. 280, esta Corte ha sostenido que la finalidad más significativa de su nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que ella posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional, función que se le ha reconocido desde temprano como la más propia de su

tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales por mediar óbices procesales (Fallos: 167:423; 176:20; 251:218; 286:257 y 296:747, entre muchos otros)” (CSN, causa cit. en nota anterior, voto de los Dres. BARRA, BELLUSCIO y BOGGIANO, consid. 2º).

⁶⁸ *Ibid.*, nota anterior, consid. 3º.

⁶⁹ CSN, “Fallos” 322:3217 [1999], *in re* “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c/ Set Sociedad Anónima”

elevado ministerio (Fallos: 315:1492, disidencia de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor; 316:1967, disidencia de los jueces Cavagna Martínez y Moliné O'Connor; 316:2454”).

En voto concurrente, el Dr. VÁSQUEZ ahondó sobre el punto:

“[...] 4º) Que por la importancia de la solución que se adopte, corresponde en primer lugar comenzar por dar tratamiento al agravio vinculado con el planteo de inconstitucionalidad del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación según reforma introducida por la ley 23.774, con fundamento en que resulta violatorio del art. 17 de la Constitución Nacional [...]

5º) Que en tal sentido cabe comenzar por recordar que, cuando esta Corte Suprema habilitó el recurso extraordinario por arbitrariedad, mediante creación jurisprudencial a partir del caso ‘Don Celestino M. Rey c/ Don Alfredo y Don Eduardo Rocha s/ falsificación de mercaderías y de marca de fábrica’ del año 1909 (Fallos: 112:384), sostuvo que ‘...el requisito constitucional de que nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de sentencia fundada en ley, da lugar a recurso ante esta Corte Suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces...’.

De esta manera la Corte pudo entrar a revisar asuntos en los cuales, pese a tratarse de la interpretación de normas locales de procedimiento y de derecho común -ajenas en principio a su conocimiento-, se justificaba su intervención frente a la necesidad de rever decisiones de otros tribunales de la república, en las cuales se advirtiera un apartamiento inequívoco de la solución jurídicamente prevista para la controversia, de manera tal que el fallo no constituyera una derivación razonada del derecho vigente.

6º) Que a partir del precedente citado y de otros casos resueltos con posterioridad se dio por escrito un imaginario nuevo inciso del art. 14 de la ley 48, que habría de sumarse a los tres existentes (que sólo admiten el recurso extraordinario frente a una cuestión federal, siendo ajenos a él, los temas de hecho y prueba y los procesales) que hizo nacer un supuesto de procedencia del recurso extraordinario, conocido como recurso extraordinario por arbitrariedad. De tal modo esta Corte asumió una jurisdicción más amplia fuera de la originaria y apelada que se encuentra taxativamente aforada en el texto de la Constitución Nacional (por entonces en los arts. 100 y 101) actualmente en los arts. 116 y 117.

7º) Que esto fue así, sin que por ello se dejara de advertir, el riesgo implícito que tal decisión conllevaba y la necesidad de que aquella ampliación de la jurisdicción fuera interpretada con criterio restringido, so pena de transformar de hecho, al sistema argentino en forma ordinaria en una organización de triple o cuádruple instancia, en este último supuesto para el caso que se recurrieran decisiones de los tribunales provinciales.

Consecuentemente a partir de estas premisas, el legislador, a efectos de posibilitar una más correcta y ágil administración de justicia, introdujo una reforma a los arts. 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por medio de la ley 23.774 (B.O. 16.4.90), en cuyo mensaje de elevación

del proyecto por el Poder Ejecutivo, se señalaba que al atribuirse a la Corte Suprema la facultad de descartar los recursos extraordinarios por cuestión insustancial o intrascendente o falta suficiente de agravio federal, se le otorgaba una competencia discrecional que no excedía el margen que para la ley reglamentaria del remedio federal se desprendía del art. 101 de la Constitución Nacional y contribuiría al mejor funcionamiento del cuerpo. De tal modo nació una herramienta que a la sana discreción de la Corte, le permite rechazar recursos en el marco de su jurisdicción apelada, en la medida que dispone el art. 280 citado, en cuanto aquí interesa que, ‘...la Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia...’; y el art. 285 en lo pertinente, que ‘... Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el art. 280, párrafo segundo. Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la ley N° 48...’.

8º) Que aquel instrumento mediante el cual la Corte podría ejercer esta nueva atribución, conocido en el derecho inglés y norteamericano como el ‘writ of certiorari’ consiste en un procedimiento de revisión de actuaciones tramitadas y de resoluciones tomadas en instancias inferiores comparable a lo que entre nosotros se llama Avocación’ (ver Diccionario Jurídico de José Alberto Garrone, Tomo III, Abeledo-Perrot 1993).

En el derecho inglés le ha permitido al Alto Tribunal denominado Queen’s Bench Division ejercer control sobre los jueces inferiores y si alguno de éstos excede sus facultades y cuando así le es solicitado, mediante una ‘order for certiorari’ examina no sólo la jurisdicción del inferior sino también las razones que aquél tuvo para su decisión y combinado con un ‘writ of mandamus’ puede obligar al tribunal inferior a resolver nuevamente el caso conforme a derecho.

El modelo norteamericano por su parte presenta algunos matices: la Constitución de Filadelfia de 1787 contiene en el art. III, secc. 2º -que ha servido de modelo a nuestro viejo art. 101 de la Constitución Nacional- entre las atribuciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos las clásicas competencias originaria y apelada, sin perjuicio de lo cual frente a la necesidad de disminuir el número de causas de jurisdicción obligatoria, la propia Corte adoptó ciertas normas de procedimiento que consistían fundamentalmente en el ensanchamiento de los poderes discrecionales, con el fin de poder acoger en su procedibilidad los recursos extraordinarios referidos a ciertos asuntos y en cambio excluir otros, por medio de un reglamento denominado ‘The Judge Bill’ que tuvo sanción legal en 1925 y que determinó por medio de una de sus reglas que la revisión por ‘writ of certiorari’ no es una obligación legal, sino materia de sano arbitrio judicial y solamente será otorgada cuando existan para ello razones especiales e importantes.

9º) Que cabe poner de resalto que el modelo adoptado por el legislador argentino, aun cuando el instituto haya sido tomado de los sistemas reseñados ut supra, tiene características propias. En efecto doctrinariamente se lo conoce como ‘writ of certiorari negativo o invertido’ ya que consiste en introducir respecto del recurso extraordinario, la facultad exteriorizada en la discrecionalidad, de rechazarlo sin

expresión de fundamentos y por considerar que no existe agravio federal suficiente o no reviste la cuestión gravedad institucional, o por ser insustancial o carente de trascendencia.

Ello sin perjuicio de que, como lo ha sostenido este Tribunal en reiteradas oportunidades referidas al alcance con que debe ser interpretada la desestimación del recurso extraordinario por invocación del art. 280, su invocación o fundamentación no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida, sino que antes bien la conclusión que cabe extraer de un pronunciamiento fundado en la norma citada es que el recurso deducido no ha superado el examen de esta Corte encaminado a seleccionar los casos en los que entenderá según las pautas establecidas en aquel precepto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 319:2429 y su cita, disidencia de los jueces Boggiano y Vázquez).

10) Que en punto a su finalidad es preciso señalar que esta Corte ha tenido oportunidad de resaltar que lo más significativo del nuevo texto del art. 280 en análisis según reforma de la ley 23.774, es la de destacar el emplazamiento que este Tribunal posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando de una manera realista, que su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional (Fallos: 315:1492; 316:2454). A ello cabe agregar que, pese al aparente carácter potestativo de la norma cuestionada, que impone a la Corte el deber de seleccionar ‘según su sana discreción’, las causas en que conocerá por recurso extraordinario, la obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad, torna imperativo desatender los planteos de cuestiones, aun federales, carentes de trascendencia, ya que como se ha dicho en reiterados precedentes, con la reforma de la ley 23.774 al art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la apelación ante este Tribunal no constituye una auténtica instancia de revisión, en virtud de su carácter discrecional (Fallos: 320:2145)”.

El aval constitucional del art. 280 del CPCN quedaba así expresamente definido por la totalidad de los integrantes de la Corte Suprema, criterio al que se remitiera en ulteriores oportunidades⁷⁰, para resolver planteos análogos.

Llegado el año 2007, la Corte directamente pasó a considerar “insustancial” la impugnación constitucional del precepto de marras⁷¹, descalificación con la que –como

⁷⁰ V. CSN, “Fallos” 323:86 [2000]. En “Fallos” 325:2431 [2002], la Corte resolvió un recurso de reposición incoado contra la decisión que había rechazado el recurso extraordinario, por aplicación del art. 280 del CPCN, considerando, en primer lugar, que el planteo constitucional dirigido contra la norma era tardío y, en segundo término, que lo resuelto no importaba sostener la legitimidad de la decisión de grado, sino simplemente que “no se han hallado elementos en la causa que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción en debido proceso configurando la arbitrariedad invocada”. Si bien parecería que el alto cuerpo no se expidió allí sobre la constitucionalidad del precepto (tema al que no ingresó por razones formales independientemente de la afirmación final sobre el sentido de las decisiones adoptadas en materia de ‘certiorari’), lo traemos a colación por el hecho de que es uno de los precedentes posteriormente utilizados por la Corte para calificar de “insustancial” al tema examinado, como luego veremos.

⁷¹ CSN, “Fallos” 330:694, *in re* “Hase”, sent. del 13-III-2007; criterio reiterado en “Fallos” 331:303, “Ventura” [2008].

luego veremos- tradicionalmente se desestiman recursos que portan cuestiones respecto de las cuales existe una “clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de indudable aplicación al caso y el recurso carece de argumentos que puedan inducir a modificarla, lo cual impide cualquier controversia seria respecto a su solución” (v. *infra*, cap. cuarto, par. IV, ap. 3.2]).

En otras palabras, al día de la fecha, el ataque dirigido contra el ‘certiorari’ federal es paradójicamente respondido por el máximo tribunal aplicando el mismo instrumento que se intenta descalificar, teniendo en cuenta a tales efectos la reiterada validación del instrumento de marras en casos precedentes y la ausencia de motivos que lo induzcan a revisar tal parecer consolidado.

5.2) *La Corte Europea de Derechos Humanos y los filtros europeos.*

El estudio de la opinión de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos siempre resulta interesante en debates como el que venimos desarrollando en este parágrafo (constitucionalidad o convencionalidad de los filtros de selección).

La primera razón general por la que ello así, se vincula con el valor y jerarquía de su jurisprudencia, notas que la han transformado modernamente en una guía imprescindible para el estudio de cualquier problemática asociada a la lectura de las libertades fundamentales del ser humano⁷².

⁷² En nuestro medio, la Corte Suprema ha considerado en reiteradas oportunidades que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una *imprescindible pauta de interpretación* de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CSN “Fallos”, 328:2056 [2005]; 331:916 [2008], entre otros). En similar sentido, considerando que “la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica *debe guiarse* por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, v. CSN, “Fallos” 315:1492; v. asimismo “Fallos” 318:514; 321:3630; 324:3143; 325:292; *id.* causa A.2554.XL, “Acerbo” sent. del 21-VIII-2007).

Para un análisis general del problema, v. HITTERS, Juan C., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución”, en ED 164-1238; *id.*, “Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y de convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, enero-junio 2008, pp. 131-155.

Cabe agregar que la Corte no sólo se ha pronunciado en torno a la importancia de la jurisprudencia emanada de los órganos del sistema de protección más desarrollado en la región (esto es, el establecido por el Pacto San José de Costa Rica), sino que ha destacado también la influencia que posee la opinión de *otros comités* previstos en los diversos tratados internacionales ratificados por la Argentina. Así, por ejemplo, el Comité Contra la Discriminación Racial; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; el Comité contra la Discriminación de la Mujer; la Organización Internacional del Trabajo, etc. La opinión de todos ellos fue tomada en consideración por la Corte Suprema en el caso “Pellicori” (causa P.489.XLIV, “Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados

Pero un segundo motivo adicional torna particularmente relevante el criterio adoptado por dichos tribunales trasnacionales en esta materia: su mayor independencia respecto del problema a dirimir. En efecto, cuando los tribunales superiores que cuentan con un instrumento de selección de causas (como ocurre en la Corte Suprema de la Nación, con el art. 280 del CPCN), son llamados a decidir sobre la constitucionalidad de dicho dispositivo, no es difícil imaginar que su juicio sobre la razonabilidad de la medida se vea sospechado por el interés que posee un órgano de estas características de conservar dispositivos que le permitan administrar su agenda. En otras palabras: quien decide cuestionar ante una corte suprema la validez supralegal de un precepto que confiere a ese mismo tribunal semejante poder, atenuando notablemente su carga de trabajo, puede seguramente pensar que la valoración constitucional del cuerpo se encuentra algo nublada por la necesidad de sostener la viabilidad de su esquema de trabajo en el tiempo.

He ahí el significado adicional que posee la jurisprudencia de los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos en esta materia: al expedirse sobre la validez convencional de dispositivos internos de cada país, su postura parece menos “interesada” que la de un tribunal superior estadual pronunciándose sobre la legitimidad de un mecanismo que beneficia su propio funcionamiento⁷³.

La Corte Europea de Derechos Humanos es el tribunal supranacional que cuenta con los precedentes más relevantes en esta materia.

Ante sus estrados se han cuestionado los filtros vigentes ante varios de los tribunales supremos del “viejo continente”, habiendo superado los mismos el test convencional al que fueran sometidos. No sólo se ha validado en dicha sede la posibilidad de prever recaudos cualitativos de admisión que limiten el ingreso de causas

de la Capital Federal s/ amparo”, sent. del 15-XI- 2011), en el que se analizó la problemática de la carga de la prueba en las acciones por despido discriminatorio. Antes de acudir aquellas fuentes trasnacionales para justificar su postura, el máximo tribunal sostuvo a título general que “corresponde tomar en consideración el *corpus iuris* elaborado por los comités de derechos humanos que actúan, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de los tratados citados [...] y, por ende, resultan *intérpretes autorizados de dichos instrumentos* en el plano internacional” (causa cit., consid. 5°).

⁷³ No se nos oculta que la apreciación contenida en el texto podría ser relativizada en la actualidad, si se tiene en cuenta que la problemática de la sobrecarga de tareas ha llegado desde hace tiempo a tribunales regionales como la Corte Europea de Derechos Humanos, previéndose en la actualidad algunos mecanismos que permiten tamizar los casos llevados a sus estrados según la “importancia” de la lesión sufrida, o que limitan el acceso a la Gran Sala exigiendo que las cuestiones abordadas sean “serias” o “de importancia general” (v. *infra*, capítulo tercero, par. X). Por lo que, al juzgar la validez de los instrumentos de selección de los estados miembro, la Corte seguramente tendrá presente el efecto que una decisión invalidatoria tendría sobre los filtros propios.

apelando a criterios indeterminados como la “seriedad” de las cuestiones debatidas o su “importancia pública general”. Además, ha recibido el aval de la Corte EDH la modalidad de pronunciarse sobre el punto mediante una decisión prácticamente carente de motivación.

Un buen ejemplo de esta tolerancia del tribunal europeo hacia los filtros locales puede encontrarse en los precedentes relativos a la validez del filtro aplicado en Francia para detener el cúmulo de causas, tanto ante la Corte de Casación (art. 1014, CPC Fr.) como ante el Consejo de Estado (art. L. 822-1 del Código de Justicia Administrativa). Dicho “procedimiento de no-admisión” (*procédure de non-admission*), basado fundamentalmente en el estándar de la “seriedad” de los motivos articulados en el recurso, fue puesto en tela de juicio en más de una oportunidad, inicialmente ante la actualmente desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos y luego ante la Corte, superando el test convencional.

Desarrollaremos dicha jurisprudencia europea cuando nos detengamos en el estudio del sistema galo, lugar al que remitimos (*infra*, capítulo tercero, par. VI, ap. 5.2.e)).

En el ámbito interamericano, la validez de estos mecanismos de selección no ha sido materia de pronunciamiento expreso por parte de la Corte IDH.

Sin perjuicio de ello, en lo atinente al problema de la fundamentación de las decisiones judiciales (especialmente delicado –como vimos- cuando las mismas declaran inadmisibles los recursos deducidos ante las cortes supremas), cabe recordar que la Comisión IDH se ha pronunciado en alguna oportunidad sosteniendo que la respuesta específica respecto a los requisitos o extremos que debe reunir cada decisión judicial en materia de motivación, debe ser determinada por el ordenamiento procesal interno y aplicada por los tribunales competentes, añadiendo que:

“[L]os extremos de una motivación para ser considerada suficiente y adecuada son situaciones que deben ser decididas por la jurisdicción interna de cada Estado [...] a los efectos de respetar los requisitos formales de las sentencias, no puede esta Comisión entrar a revisar esos aspectos o peculiaridades procesales de los ordenamientos de los Estados parte”⁷⁴.

⁷⁴ Comisión IDH, Informe N° 48/98, caso 11.403, Colombia, Carlos Alberto Marín Ramírez, del 29 de septiembre de 1998, párrs. 32 y 34.

El precedente de la Comisión IDH no está referido a la problemática de los filtros de selección, pero adelanta una premisa relevante: que la cantidad y calidad de la motivación aplicada por los tribunales superiores de los estados-miembro, no es materia de revisión ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁷⁵.

Sin embargo, cuando la decisión versa sobre causas en las que se encuentra comprometida la tutela de los derechos humanos, la regla imperante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es que las mismas “deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”⁷⁶. Precisándose, para evitar que cualquier fórmula estereotipada sea tomada como motivación suficiente, que dicha tarea sólo puede considerarse perfeccionada ante la exteriorización de la justificación razonada que permita llegar a la conclusión adoptada⁷⁷.

Como fuera anticipado, los dispositivos de selección reconocidos en diversos países de la región para racionalizar la carga de trabajo de los tribunales superiores, no ha sido sometidos al rigor de dicha doctrina. Probablemente, con el tiempo, se vaya forjando en el orden regional americano una jurisprudencia más precisa sobre el tema, como ha ocurrido en el sistema europeo⁷⁸.

⁷⁵ V. una posición crítica de este entendimiento en MONTERISI, Ricardo D. - ROSALES CUELLO, Ramiro, “La sentencia arbitraria como vulneración al debido proceso: su tutela doméstica y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *JA* 2005-I-474.

⁷⁶ V. Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrs. 144, 153 y 164.

El criterio ha sido especialmente utilizado en lo concerniente a la legitimidad convencional de detenciones o prisiones preventivas dictadas durante el proceso penal. La exigencia de motivación expresa ha sido destacada en este ámbito como condición necesaria para disponer cualquier restricción a la libertad personal: “Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención (Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 128; *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 21 de noviembre de 2007, Serie 170 párr. 93).

⁷⁷ Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, cit., párr. 107.

⁷⁸ El art. 280 del CPCN ha sido cuestionado en alguna oportunidad ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, por considerarse que la desestimación liminar del recurso decretada por aplicación de ese precepto, sin examinar el fondo, constituiría una violación de la garantía del debido proceso. Así, en el caso “Mohamed c. Argentina”, la Comisión Interamericana admitió una denuncia formulada contra el Estado, interpuesta por un ciudadano condenado penalmente en segunda instancia, sin que se le diera posibilidad de recurrir dicha decisión ante un tribunal superior.

El Sr. Mohamed había sido absuelto en primera instancia y dicha absolución fue revocada por la alzada, condenándose por homicidio culposo. La CSN, por su lado, declaró inadmisibile el recurso extraordinario deducido por el imputado, acudiendo al art. 280 del CPCN. Frente a esa decisión el recurrente se presentó ante la Comisión IDH denunciando, entre otras infracciones a la Convención, la vulneración del derecho al recurso (art. 8.2.h), CADH), por no haber tenido oportunidad adecuada de cuestionar la condena dictada en segunda instancia. Respecto del tema específico de esta investigación, el peticionante alegó que “la desestimación del recurso extraordinario por parte de la Corte Suprema, sin examinar el fondo, es violatoria del derecho ... a ser oído con las garantías del debido proceso”. Agregó que “la Corte Suprema rechazó el

IV. SOBRE LA DISCRECIONALIDAD EN LA SELECCIÓN DE CAUSAS.

DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

1) Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.

a) La primera característica que se evidencia cuando se estudian los motivos por los que, en general, se habilita a los superiores tribunales a seleccionar los casos que resolverán en el fondo, es su especial indeterminación.

Dicha nota dificulta en extremo la identificación de sus confines y la sistematización acabada del modo en que tales presupuestos son aplicados. Es por ello que suele encontrarse en dicha vaguedad un fenómeno equiparable al ejercicio de potestades discrecionales por parte de los cimeros cuerpos jurisdiccionales, que les permite prácticamente definir sin ataduras rígidas qué casos decidir sobre el mérito.

Dicha cualidad de la reglamentación de esta clase de instrumentos, se advierte especialmente con el uso de categorías como la “suficiencia”, “trascendencia”, etc., combinados a veces con expresas alusiones al carácter “discrecional” del poder de selección de la Corte (vg., el art. 280, CPCN; el art. 31 bis de la ley 5827 para el llamado ‘certiorari’ positivo en la Provincia de Buenos Aires). Es por ello que, en el estudio de esta clase de mecanismos, se actualiza el agudo debate, ampliamente desarrollado en la teoría general del derecho, en torno a la relación entre la discrecionalidad jurídica y la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados.

recurso extraordinario por ‘insustancial o falta de trascendencia’, cuando lo que se había planteado ante esa instancia era la violación de los derechos consagrados en la legislación nacional y el derecho internacional”. También se insinuó en el caso un cuestionamiento del *ejercicio* concreto del poder conferido en la norma, al señalarse que en el año 1992 la CSN había ingresado en un asunto similar, sin hacer lo propio con su caso, lo que traería a colación el agudo problema del respeto del principio de igualdad en la selección de las causas, al que nos hemos dedicado oportunamente (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 4): “Los peticionarios ... indican que, en 1992, la propia Corte Suprema había aceptado ese mismo recurso en otro caso similar. Por lo anterior, consideran que la falta de acceso a un recurso constituyó una violación a su derecho reconocido en el artículo 8 de la Convención Americana” (todas las referencias entrecomilladas corresponden al resumen de los planteos realizado por la Comisión IDH en el Informe n° 173/10, caso 11.618 *Oscar Alberto Mohamed. Argentina*, del 2 de noviembre de 2010, § 19 y 20).

En el informe final de la Comisión, de todos modos, esta línea argumental no es receptada. Los límites cognoscitivos y demás condiciones establecidas para acceder ante la Corte Suprema simplemente son tomadas como indicador de la ineficacia de dicha vía impugnativa para garantizar el derecho contemplado en el art. 8.2.h) de la CADH, aspecto que desde hace tiempo está fuera de discusión, incluso en la jurisprudencia de nuestro país (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 2). Por lo que el verdadero debate sobre la convencionalidad del ‘certiorari’ federal, si bien fue planteado en el caso de referencia, no parece haber quedado en condiciones de ser allí resuelto, dado que no está incluido en las consideraciones jurídicas y conclusiones del informe de referencia.

Para encuadrar adecuadamente el examen de los filtros de admisión (como el ‘certiorari’), en dicha problemática general, resulta necesario formular algunas precisiones sobre el tema, antes de continuar con el desarrollo prometido. Si bien el estudio de la discrecionalidad en general no constituye el cometido específico de esta investigación, algunas referencias al tema se imponen a efectos de dejar explicitado, por un lado, el marco teórico en el que la investigación se enclava, y, por el otro, la terminología que utilizaremos para referirnos a la naturaleza de la tarea llevada a cabo por las cortes supremas, al aplicar dichos instrumentos de selección.

Constituye una constante preocupación, dentro las meditaciones propias del fenómeno jurídico apreciado desde diversas perspectivas (no sólo la del derecho procesal y constitucional, sino especialmente la de la iusfilosofía y la teoría general del derecho), la de definir si el poder judicial está dotado de poderes discrecionales.

En tal orden de consideraciones, importantes autores se han inclinado por la respuesta negativa, considerando inconcebible la resolución de conflictos de derecho por parte del poder jurisdiccional del estado, sobre la base de la “discreción” del juzgador, entendiendo así que dicho esquema decisorio sólo se aplica en el ámbito de la administración. Otra corriente de pensamiento, con modalidades, admite su existencia⁷⁹.

b) Una advertencia previa se impone, antes de exponer nuestra posición sobre el tópico.

Desde hace tiempo se viene sosteniendo con buenos fundamentos que *no corresponde confundir la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados* (vg., “buena fe”, “abuso del derecho”, “utilidad pública”, “buenas costumbres”, “orden público”, “buen hombre de negocios”, “verosimilitud”, “gravamen de difícil reparación ulterior”, “trascendencia” de un asunto para ser admitido ante los estrados de la Corte, etc.), *con el ejercicio de potestades discrecionales* por parte de un poder del estado.

⁷⁹ Sin perjuicio de los desarrollos subsiguientes, interesa acudir a las palabras de uno de los autores que en nuestro país han apoyado el reconocimiento expreso de potestades discrecionales a la Corte Suprema de la Nación, como es SPOTA: “... Resulta absolutamente imprudente, y es de enorme riesgo para la subsistencia del estado de derecho y de la filosofía política enunciada, pretender que el quehacer de los poderes constituidos esté siempre ubicado dentro de las facultades regladas ... [E]s legítimo que la cabeza del poder judicial, con exclusividad, tenga un prudente cupo de capacidad de arbitrio” (v. el desarrollo completo del argumento del autor sobre el punto en: SPOTA, Alberto A., *Recurso extraordinario* ..., ob. cit., pp. 53-57).

En efecto, de la circunstancia que los presupuestos de aplicación de una norma sean abiertos o susceptibles de una serie indefinida de matices, no se deriva necesariamente que la autoridad encargada de tomar una definición con base en dicho precepto esté dotada de un poder discrecional, por el que pueda resolver un asunto sobre la base de meros criterios de oportunidad o conveniencia.

En palabras de GARCÍA DE ENTRERRÍA, guiadas a su vez por el intenso análisis que la iusfilosofía alemana (TEZNER, JELLINEK, etc.) le ha dedicado a ese fenómeno: “[los] conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman normas flexibles, son consustanciales a toda la técnica jurídica ... Un error común y tradicional y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas ... con la existencia de poderes discrecionales ... Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su clasificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio ... o hay utilidad pública o no la hay ... o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. *Tertium non datur*. Hay, pues, y esto es lo esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta. Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio”⁸⁰.

En nuestro país, con algunas variantes, también se ha acudido a la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados como límite a la discrecionalidad del poder (en general: de la administración), lo que importa trazar alguna forma de distinción entre ambos fenómenos⁸¹.

⁸⁰ GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 3º ed., 1983, (reimpr.: 1995), pp. 33-35. En el mismo sentido, v. GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 6º ed., Civitas, Madrid, 1993, t. I, pp. 440-462. V. asimismo, en la doctrina española, SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, pp. 347-348.

⁸¹ V., entre otros: GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 8º ed., t. I, cap. X, pp. 9-18; LINARES, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, p. 18; BIANCHI, Alberto B., “El *writ of certiorari* en nuestra corte Suprema (la cuestión federal suficiente como concepto jurídico indeterminado)”, *ED* 125-857 (haciendo explícita referencia a la posición de GARCÍA DE ENTRERRÍA, referida previamente); GRECCO, Carlos M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, *LL* 1980-D-1036; CASSAGNE, Juan Carlos, “La discrecionalidad administrativa”, en *LL* 2008-E-1056. V. Asimismo SESÍN, Domingo, “Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos”, en *VVAA*

También en la moderna doctrina brasileña, encabezada por Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER, se destaca la idea de que la interpretación de un concepto jurídico indeterminado no se confunde con el ejercicio de poderes discrecionales. Siguiendo una línea argumental afín a la recordada previamente, considera la autora paulista que, al contrario de lo que ocurre con el dictado de un acto discrecional, en la interpretación de un concepto vago sólo existe una solución adecuada para el caso concreto y que corresponde a la tarea hermenéutica del juez el acierto en la elección del sentido correcto de la norma aplicada en el asunto a dirimir⁸².

Por este camino se suele llegar a la conclusión negatoria del ejercicio de potestades discrecionales. En algunas oportunidades, la negación de la discreción se predica sobre cualquier ámbito de poder del que emanen normas de conducta particulares (“discrecionalidad cero”, en palabras de GORDILLO)⁸³. En otros casos, el rechazo de la discrecionalidad se concentra en el poder jurisdiccional propiamente dicho, insistiéndose en la idea de que la libertad de acción que en ciertas ocasiones posee la administración (discrecionalidad *stricto sensu*), no puede ser reconocida a los jueces, que siempre deben resolver “de acuerdo a la ley”, lo que sólo permitiría interpretar cláusulas normativas vagas para escoger la solución correcta del caso sometido a su conocimiento⁸⁴.

(CASSAGNE, Juan C. coord.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, t. I, pp. 693-739, esp. pp. 700-711 (admitiendo la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, aunque destacando la debilidad de la doctrina, en lo relativo a la pretensión de obtener una única solución justa para cada caso); COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Bs. As., Lexis Nexis, 2º ed., pp. 502-520 (aceptando asimismo la distinción, aunque tolerando la presencia de poderes discrecionales propiamente dichos, que sólo pueden ser colocados “de cara a la juridicidad” acudiendo a los principios generales del derecho).

⁸² ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária a lei?*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 351-357; *id.*, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, 2º ed., Revista dos Tribunais, 2008, pp. 151-161. El parecer de la autora citada es compartido por diversos autores brasileños, como puede advertirse en la obra colectiva: VVAA [Coord.: José Miguel GARCÍA MEDINA - Luana Pedrosa de Figueiredo CRUZ – Luis Otavio SEQUEIRA DE CERQUEIRA - Luiz Manoel GOMES JUNIOR], *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Ed. Revista Editora dos Tribunais, 2008, de la que pueden destacarse las siguientes contribuciones que se identifican con la opinión recordada en el texto: SANTOS FERNANDES GÓES, Gisele, “Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais”, pp. 87-93; DE CASTRO LOPES, Maria Elizabeth, “Anotações sobre a discricionariedade judicial”, pp. 94-98; DE OLIVEIRA GUIMARÃES, Rafael, “A (im)possibilidade de discricionariedade judicial na inscrição do Magistrado no sistema Bacen-Jud”, pp. 99-106; CRAMER, Ronaldo, “Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil”, pp. 107-114.

⁸³ GORDILLO, Agustín, *Tratado ...*, ob. cit., tomo 1, cap. X, p. 17.

⁸⁴ FORSTHOFF sintetiza esta corriente señalando que “la ley deja a la Administración una libertad de acción que no tiene paralelo en el campo de la Justicia. Mientras que el juez juzga de acuerdo con la ley, el

El mérito de estas corrientes radica fundamentalmente en la identificación de dos categorías diferenciables para la aplicación del fenómeno de la interpretación y aplicación del derecho, como son la hermenéutica de cláusulas normativas de textura abierta y la actuación discrecional propiamente dicha. Valorar ese esfuerzo intelectual, de todos modos, no importa suscribir en plenitud las consecuencias que se predicán del mismo, como –por ejemplo- la pretensión de alcanzar una sola y única solución justa para los casos encuadrables en normas de contornos indeterminados, o la imposibilidad de concebir potestades discrecionales en cabeza de los jueces.

En lo que interesa a esta investigación, enunciamos como hipótesis la *posibilidad de concebir mecanismos de decisión discrecionales por parte de la judicatura, sin que ello importe confundir este tipo de potestades con la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados*. En otras palabras: de la premisa (que compartimos) según la cual es posible distinguir la tarea hermenéutica asociada a preceptos de textura abierta, con el ejercicio de poderes decisorios discrecionales, no se deriva como corolario que estos últimos sean ajenos por completo al ámbito de la jurisdicción.

Cierto es que existen razones de peso para distinguir como categorías explicativas, las tareas que se llevan adelante por una autoridad (administrativa o judicial), cuando –por un lado- procura determinar si un caso determinado encuadra en una previsión normativa cuyos presupuestos de aplicación resultan flexibles, o cuando –por el otro- directamente pone en ejercicio potestades discrecionales *stricto sensu*. No es cuestionable adoptar denominaciones diversas para ambos fenómenos.

Así, por ejemplo, cuando la Administración decide expropiar un inmueble para desarrollar allí un espacio verde toma (entre otros) dos grupos de decisiones en las que pueden verse reflejado, por un lado, el ejercicio de una potestad discrecional y, por el otro, la aplicación de una norma de contenido impreciso. La primera variante decisoria de la administración (que llamaremos discrecional en sentido estricto) tiene lugar –por regla y siempre ejemplificativamente- al determinar factores como el momento para impulsar la iniciativa, la prioridad de la obra dentro de las diversas formas de satisfacer las necesidades de una comunidad dentro de las variables que habilita un presupuesto

funcionario administrativo extrae la mayor parte de su actividad, en parte de la ley y, en parte también, de la experiencia y juicios propios” (FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo* [trad.: LEGAZ LACAMBRA – GARRIDO FALLA – GÓMEZ DE ORTEGA Y JUNGE], Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958 (traducción al español de la 5ª ed. alemana, 1955), pp. 121-122.

acotado, la selección exacta de la ubicación del predio (vg., elección entre dos alternativas que igualmente coadyuven a la adecuada gestión ambiental de una región urbana), la determinación de las instalaciones de recreación internas (vg., si se colocan juegos para niños, espacios para la práctica atlética, para expresiones culturales, monumentos), etc. La segunda manifestación del poder expropiatorio, en la que se interpreta un concepto jurídico indeterminado y no cabría hablar de una atribución discrecional *stricto sensu*, tiene lugar, por ejemplo, cuando se juzga la “utilidad pública” de la adquisición dominial o el “justo” precio de la cosa (arts. 17, Const. Nac.; 21.2, Convención Americana de Derechos Humanos; 10 a 17, ley 21.499; 8, ley 5708 de la Provincia de Buenos Aires).

En otras palabras, mientras en la primera faceta del proceso decisorio la autoridad podrá determinar los parámetros que utilizará para guiar su conducta, en la segunda, se busca encontrar el sentido jurídico adecuado a los parámetros enunciados por el legislador mediante expresiones normativas de límites imprecisos y verificar su aplicación en el caso concreto.

Cierto es que, por lo general, la primera de las especies valorativas prealudidas (discrecionalidad en sentido estricto), resulta -por regla- ajena a la actividad jurisdiccional. Mientras que, por el contrario, la tarea de resolver casos mediante la interpretación y aplicación del marco normativo (determinado o indeterminado) a los hechos alegados y probados por las partes, ingresa dentro de los confines típicos de la función jurisdiccional. Es decir, que si en esta última tarea el magistrado se topa con expresiones de textura abierta, como las de “buena fe”, “orden público”, “buenas costumbres”, “conmoción interior”, “interés general”, “utilidad pública”, “trascendencia”, “relevancia”, “verosimilitud del derecho”, “culpa grave”, “desproporción evidente”, “previsibilidad (de un evento) según el curso normal y ordinario de las cosas”, etc., la esencia de su faena no se modifica, por más que deba agudizar la técnica utilizada y justificar más acabadamente la corrección de ubicar a las conductas examinadas dentro de tales imprecisos conceptos.

Es claro así que, si -por ejemplo- un juez aprecia, luego de analizar el obrar de un sujeto a la luz de los difusos contornos de la “buena fe” contractual, que dicha persona actuó en armonía con tal postulado, no podría acto seguido y por razones de

“oportunidad o conveniencia” adjudicarle según su “sana discreción” las consecuencias de un obrar malicioso.

La multiplicación de los ejemplos se torna ociosa para explicar la distinción entre un fenómeno por demás expandido de la dinámica habitual del derecho (la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados) y la menos frecuente emisión de juicios discrecionales por parte de la judicatura.

c) Lo que nos interesa terminar de indagar es si esta última especie de valoraciones resulta absolutamente ajena a la función jurisdiccional o si es posible también concebir en ella algún campo de acción en el que cierto tipo de decisiones no se adopten sobre la base de criterios (rígidos o flexibles) determinados por el legislador, sino siguiendo *parámetros definidos primariamente por el mismo tribunal que decide, de acuerdo a la autorización que le confiere la ley*.

Esto último es lo que ocurre con una parte del juicio de admisibilidad que llevan adelante la Corte Suprema de la Nación y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en ejercicio de las potestades que les confieren –respectivamente- los art. 280 del CPCN y 31 bis de la ley 5827. Y es por ello que la indagación interesa en esta obra.

Siendo que la voz “discrecionalidad” ha adquirido en la doctrina un sentido multívoco, es necesario aclarar entonces la acepción que le daremos a dicho vocablo en esta investigación.

Teniendo presente lo explicado en los párrafos anteriores, al aceptar la posibilidad de distinguir las categorías de interpretación de preceptos legales de textura abierta y la emisión de juicios discrecionales, queda claro que, en esta obra, la voz discrecionalidad no será utilizada para aludir a la solución de los “casos difíciles”, ni a la subsunción de una realidad determinada, en la “zona de penumbra” que toda norma jurídica posee⁸⁵. Estas últimas situaciones son las típicas manifestaciones de la actividad hermenéutica aplicada a conceptos jurídicos indeterminados.

⁸⁵ Nos referimos a la conocida metáfora de la “zona de penumbra”, utilizada para explicar las inevitables dificultades que afronta el intérprete al intentar encuadrar la realidad en las categorías utilizadas por el legislador, que ha sido divulgada con éxito a partir de obras como las de HART y CARRIÓ (V. HART, H.L.A., *El concepto de derecho* [trad.: Genaro CARRIÓ –orig.: *The concept of law*, Oxford University Press, 1961-], 2° ed., Abeledo-Perrot, 2° edición, 1968 [consultada la reimpresión de 2004], pp. 5, 15; CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5° edición, 2006 [orig.: 1965], 31-36, 57, 66-69 y *pássim*).

Recordando las palabras del primero de los autores citados, que sintetizan una de sus tesis más conocidas: “Hay casos típicos claros y casos límite discutibles. Es hoy un hecho familiar (aunque demasiado poco subrayado) que es menester hacer esta distinción respecto de casi todos los términos generales que usamos

De todos modos, la diferencia no es ontológica ni pretende destruir la unidad del fenómeno interpretativo. Su única finalidad es acordar denominaciones diversas a dos grados de “libertad” en la elección de la solución de un caso concreto.

¿Cuándo es entonces que al Poder Judicial se le confieren poderes discrecionales *stricto sensu*, en la terminología adoptada en esta investigación?

Consideramos que lo que distingue la actuación discrecional del juzgador, es la libertad para *determinar* los parámetros primarios a través de los cuales decidirá una cuestión. Se trata, obvio es decirlo, de una hipótesis poco frecuente en la dinámica legislativa, que difícilmente autorice a los jueces a dirimir una contienda sin atenerse a criterios (sean rígidos o flexibles) establecidos en la norma, sino en los que ellos mismos determinen con amplitud.

d) La razón por la que el fenómeno se considera extraño en la órbita judicial no es difícil de sondear.

Sabido es que una de las garantías más preciadas del individuo, verdadera cuna de la libertad, pilar irremplazable del sistema republicano y del estado de derecho, está representada por el *principio de legalidad*, que en nuestro sistema constitucional encuentra base expresa en lo normado por el art. 19 de la Ley Suprema, según el cual “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Sobre dicha base, y en lo que aquí interesa, es que en los diversos textos constitucionales se impone a los integrantes del Poder Judicial la misión de dirimir las controversias llevadas a sus estrados, que versen sobre la interpretación y aplicación tanto de la Constitución como de las restantes normas inferiores (vg. art. 116, Const.

para clasificar características de la vida humana y del mundo en que vivimos. A veces la diferencia entre el caso típico claro, o paradigma, del uso de una expresión, y los casos discutibles, es sólo una cuestión de grado [...]. A veces la desviación respecto del caso típico no es una mera cuestión de grado, sino que surge cuando el caso típico es de hecho un complejo de elementos normalmente concomitantes pero distintos, alguno o algunos de los cuales pueden faltar en los casos debatibles [...]. Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla [...] Sin embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas” (HART, ob. y loc. cit.; sobre la distinción entre casos claros y difíciles, que ha ocupado la atención de numerosos cultores y críticos del iuspositivismo, puede también consultarse a ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, esp. p. 117 [añadiendo a la clasificación una discutible tercer categoría de casos “trágicos”, en los que cualquiera sea la decisión tomada, se terminará vulnerando algún principio, a diferencia de los casos “difíciles”, en los que es dable aspirar a un equilibrio entre tales postulados generales que sirven para la resolución de un caso concreto]).

Nac.⁸⁶; 171, Const. de la Pcia. de Buenos Aires⁸⁷; 106, Const. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ⁸⁸, entre otras ⁸⁹). De tales previsiones se deriva, por lógica consecuencia, que los casos sometidos para su resolución al servicio jurisdiccional del estado, serán resueltos de acuerdo con las pautas determinadas en la legislación vigente y no sobre la base de estimaciones propias del juzgador, creadas a partir de fórmulas vacías de contenido.

Así, sea que le cueste más o menos determinar el sentido adecuado de los conceptos normativos involucrados para dar solución a la litis, la tarea a desarrollar está dominada por un abordaje hermenéutico y no discrecional.

Por ello, una previsión que autorizara a la judicatura, con carácter general, a resolver las causas sometidas a su conocimiento con sustento en motivos autoproclamados, sin determinar qué criterios deberán ser tenidos en cuenta a tales efectos o, peor aún, permitiéndole desapegarse de los indicados por la ley (en sentido amplio), sería descalificable por constituir una alteración del principio de legalidad (art. 19, Const. Nac.) y un desconocimiento de las atribuciones propias de la judicatura (art. 116, Const. Nac. y ccs. provinciales a las que hicieramos referencia).

Sin embargo, aun cuando se trate de una situación infrecuente, no corresponde descartarla de plano de la fenomenología jurídica, especialmente en la primera de las variantes señaladas (libertad del juzgador para determinar los parámetros para decidir, frente a fórmulas normativas casi vacías, como la de la “sana discreción”).

⁸⁶ Artículo 116, Const. Nac.: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras...”.

⁸⁷ Art. 171, Const. de la Provincia de Buenos Aires: “Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

⁸⁸ Art. 106, Const. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales ...”.

⁸⁹ V., por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Córdoba, según la cual corresponde a su Poder Judicial “el conocimiento y decisión de las cuestiones que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los tratados que celebre la Provincia, por las leyes y demás normas provinciales ... y la aplicación de las normas del inciso 12 del artículo 75 de la Constitución Nacional” (art. 160), imponiendo a los magistrados el deber de “resolver las causas con fundamentación lógica y legal” (art. 155).

Con toda claridad lo expresan igualmente las constituciones de Mendoza: “Los tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley ...” (art. 148); y de Tierra del Fuego: “Los tribunales de la Provincia, cualquiera sea su jerarquía, resolverán siempre de acuerdo con la ley ...” (art. 153).

Como fuera anticipado (v. *supra*, par. III, ap. 4]) y será examinado con más precisión al analizar los alcances del art. 280 del CPCN y del art. 31 bis de la ley 5827, parte del estudio de admisibilidad allí establecido sobre la base del parámetro de la trascendencia, es discrecional *stricto sensu*. Es decir, que *en una parcela del examen de admisión impuesto vía ‘certiorari’, las cortes supremas tienen la posibilidad de determinar los criterios que utilizarán para decidir qué casos decidir*. Recordemos estos conceptos brevemente:

Cuando, en nuestro país, la Corte Suprema hace uso del art. 280 del CPCN como filtro de admisión cualitativo, el primer interrogante que debe formular es si las cuestiones deducidas en el recurso son “trascendentes”. En caso afirmativo, el recurso *debe* ser admitido. Se trata, en esta primera fase, de interpretar un concepto jurídico indeterminado; es decir, de dirimir la admisibilidad de un embate indagando: i) en el correcto sentido de ese estándar establecido por el legislador; y ii) en su aplicación al caso concreto.

En caso de respuesta negativa a dicho interrogante (es decir: si las cuestiones articuladas fueran “intrascendentes”) la Corte *puede* de todos modos admitir el recurso apelando, en la terminología del legislador, a su “sana discreción”. En este ámbito, la norma no le impone parámetro alguno, diverso de la rectitud con la que se adjetiva al ejercicio de dicha potestad (“sana”). El legislador, por consiguiente, ha conferido al tribunal una amplia libertad para determinar qué criterios utilizará para hacer lugar en su agenda a cuestiones “intrascendentes”. Así, por ejemplo, podría acudir a diversas alternativas como la de escoger los casos “más trascendentes dentro de los intrascendentes”, apelar a parámetros como el de verosimilitud de la impugnación (*real prospect of success*), la gravedad o intensidad de la lesión denunciada, la necesidad de resolver “cuestiones” jurídicamente irrelevantes para resolver “casos” trascendentes, etc. Algunas de esas pautas resultarían a nuestro juicio inconvenientes, según veremos, aunque no prohibidas.

Dicha atribución judicial de determinar los criterios sobre los cuales se resolverá una cuestión jurídica (en el caso: la apertura de la competencia apelada de una corte suprema) será denominada en esta obra discrecionalidad *stricto sensu*. Como fuera anticipado, el ‘certiorari’ argentino, sea en la órbita nacional como en la de la Provincia de Buenos Aires, sólo parcialmente confiere a los tribunales ubicados en el vértice de la jurisdicción respectiva, este tipo de facultades.

e) Previo a avanzar en las conclusiones finales del desarrollo contenido en este párrafo, no debe ser descuidado un dato relevante a la hora de juzgar la posibilidad constitucional de acordar esta clase de potestades a un tribunal de justicia, desde la perspectiva del principio de legalidad, al que ya hemos hecho referencia.

Lo que el legislador reconoce a las cortes supremas cuando establece dispositivos como el ‘certiorari’, es un instrumento para regular su competencia apelada y no una herramienta para resolver discrecionalmente el mérito de las controversias llevadas a sus estrados. La diferencia no es menor y penetra en uno de los aspectos centrales que parecen explicar la tolerancia de esta clase de mecanismos alrededor del globo.

Difícilmente pueda avalarse, en un estado de derecho, el reconocimiento de potestades discrecionales a la judicatura, que permitan generosamente a dicho poder del estado dirimir el acierto jurídico de las pretensiones fundadas llevadas a sus estrados, acudiendo siempre a normas vacías de contenido, que puedan ser llenadas según el “recto parecer” del sentenciante (o fórmulas de ese tenor). El legislador debe cuidarse de ejercer su mandato constitucional reglamentando con la mayor precisión posible los presupuestos de aplicación necesarios para resolver una controversia determinada, de modo que dejar en manos de la judicatura la tarea de interpretación o concreción de dicho mandato hipotético en cada caso concreto. Ello no implica, obviamente, afirmar como posible ni deseable que el legislador prevea la solución futura de todas y cada una de las controversias como si pudiera mediante el uso lenguaje (jurídico o natural), clasificar la realidad con tal precisión, como para evitar futuras incertidumbres acerca de los alcances de la reglamentación en concreto.

No puede entonces descartarse la posibilidad de que, en una significativa serie de hipótesis, el intérprete se enfrente la perplejidad derivada de la necesaria utilización, por parte del legislador, de fórmulas especialmente flexibles o abiertas, que tienen más zonas de penumbra que núcleos de significación (HART / CARRIÓ), y que tornan particularmente compleja la tarea de encuadrar la realidad en sus confines. Pero el uso de parámetros de textura abierta, repetimos, no equivale a acordar en todos los casos licencias generales a los tribunales para resolver sobre la base de pautas básicamente determinadas por ellos mismos.

En lo que interesa en este punto, cabe advertir que el ‘certiorari’ (o cualquier otro mecanismo de selección cualitativa acordado a las cortes supremas), no incide en el mérito de las controversias, sino sólo en la cantidad de instancias que serán necesarias para resolverlas. No es entonces que la licitud o ilicitud de las conductas humanas queden definidas sobre la base de criterios exclusivamente pergeñados por la Corte. Lo único que ésta puede manejar con semejante libertad, es su competencia: las compuertas de ingreso de un caso a una nueva instancia de revisión.

Cierto es que en una lógica normativa pura, el funcionamiento de un dispositivo discrecional en cabeza del poder judicial es idéntico en ambos casos. Es decir que, sea que la discrecionalidad funcione como instrumento de decisión fondal o como filtro de admisión, la tarea que -en abstracto- desempeña la judicatura, es la misma: llenar cláusulas legales vacías de contenido con *estándares autoproclamados*. Sin embargo, la distinción cobra fuerza cuando se analiza el impacto que una y otra variante de discrecionalidad producen sobre el principio de legalidad (art. 19, Const. Nac.). El ‘certiorari’, como dispositivo acotado a dirimir una cuestión de competencia (la apertura de la competencia apelada de la Corte para resolver una contienda determinada), asume como antecedente fundamental la existencia de una o más instancias en las que las partes tuvieron oportunidad de ser oídas ante un tribunal imparcial, con amplias posibilidades de postulación, ofrecimiento y producción de prueba, obteniendo un pronunciamiento fundado, en plazo razonable. La juridicidad de las conductas humanas (la orden de hacer lo que manda la ley o la privación de hacer lo que ella prohíbe), se asume resuelta por las instancias de grado sobre la base de criterios hermenéuticos, no discrecionales.

Negarse a entender en la controversia por considerar que las cuestiones que suscita son intrascendentes o, por el contrario, decidir penetrar en ellas por juzgarlas relevantes (o porque, pese a ser intrascendentes, son discrecionalmente idóneas para ser resueltas en el mérito), sólo implica decidir acerca de la adición o supresión de una instancia más de revisión. Lo repetimos: no importa juzgar el mérito de la contienda sobre la base de criterios meramente discrecionales. Ello reduce el impacto que el instituto produce sobre el principio establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional.

2) Conclusión. Opción terminológica.

Hemos aclarado previamente que discrecionalidad no equivale a arbitrariedad, procurando identificar los recaudos mínimos que deben cumplimentarse para un ejercicio constitucionalmente válido de tal atribución excepcional (vg., respeto del principio de igualdad; resguardo de la transparencia en la selección, aun cuando se limite al extremo el deber de motivación de las resoluciones judiciales).

La existencia de “límites” a la discrecionalidad hace necesario un último ajuste a la conceptualización previa, para evitar desinterpretaciones.

Al pretender distinguir el ejercicio de potestades discrecionales de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, hemos en gran medida adoptado posición sobre un debate terminológico. Es por ello que iniciamos el discurso afirmando que existen razones de peso para *denominar* de modo diverso a dichos elementos de interpretación y aplicación del derecho, aclarando asimismo que la diferencia no importaba quebrar la unidad del fenómeno hermenéutico.

No se nos escapa que autores de la talla de HART incluyen dentro de una misma categoría (la de la “discrecionalidad”) a toda actividad creadora de la judicatura, desarrollada frente a la inevitable indeterminación del lenguaje preceptivo general. Es decir que, para esta corriente de pensamiento, una vez superado el núcleo de significado indiscutiblemente atrapado en un caso determinado (“una persona que no posee un solo cabello es indudablemente calvo”), comienza la actividad discrecional del juzgador (“¿cuántos cabellos debe tener una persona para ser excluido de la categoría de calvo?”); o, en nuestro ámbito, “cuántos miembros de la comunidad deben verse directa o indirectamente interesados en la resolución de un caso para que éste tenga repercusión general y, así, pueda ser considerado trascendente”).

Así se lo explica en algunos de los pasajes más conocidos de la obra del iufilesofo inglés:

“En todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá ciertos casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables [...] Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que

le faltan otras. Los cánones de interpretación no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación [...] En este punto, el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo [...] [E]l proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta [...] Todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo [...] es si el caso se asemeja ‘en grado suficiente’ al caso típico en aspectos ‘relevantes’. El ámbito *discrecional* que le deja el lenguaje puede ser muy amplio, de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es en realidad, una elección [...].

Cualquiera sea la técnica [...] que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestionen las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’ [...]. [L]a falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales”⁹⁰.

En esta tesitura, como puede advertirse, no tiene cabida la categorización que receptáramos previamente (distinción entre interpretación de conceptos flexibles y decisión discrecional), ya que ambas actividades serían parte del mismo fenómeno: la discrecionalidad jurídica. Lo que equivale a decir que, para esta corriente, no existen razones suficientes para distinguir ambas manifestaciones de la labor decisoria, salvo como meros ejemplos de una expresión común (la discrecionalidad).

Al separar ambas categorías, no procuramos desmentir la posibilidad de englobar a ambas manifestaciones decisorias bajo un mismo género: el de la creación normativa que tiene lugar cuando los jueces aplican el ordenamiento jurídico para la solución de casos que no ingresan con claridad meridiana en los términos clasificatorios utilizados por aquél. Ocurre que, según sea el grado de libertad que el juzgador posea para tomar dicha decisión, pueden encontrarse sub-categorías de actuación relevantes para una exposición adecuada del fenómeno.

Dos de dichas sub-especies son las que aceptamos en esta obra como instrumentos adecuados para la explicación de la llamada “jurisdicción discrecional” de los superiores tribunales.

La primera, en la que el tribunal es dotado legalmente de un parámetro cardinal aunque indeterminado, de un norte a seguir para dirimir la admisibilidad de las

⁹⁰ HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, ob. cit., pp. 157-159.

contendidas articuladas ante sus estrados, como es la “trascendencia”. Un caso trascendente que cumpla con las restantes condiciones formales de admisión, en nuestro régimen positivo, no puede ser descartado por la Corte, apelando a otros parámetros que, frente a dicho asunto, se muestren inconciliables con aquél. Ello no implica desconocer que, frente a la especial indeterminación de la voz “trascendencia”, las opciones valorativas puedan multiplicarse y deba acudir a los mejores resortes hermenéuticos para juzgar, en cada caso, si las cuestiones articuladas en el recurso extraordinario podrán superar el filtro de marras.

Tampoco se descarta, sino que -por el contrario- se impulsa, la adopción de criterios generales o notas caracterizantes para definir la presencia dicho recaudo, a través de los cuales el máximo tribunal exteriorice los parámetros que tendrá en cuenta para juzgar la presencia de un caso trascendente (así ocurre con elementos como la “pertinencia institucional” y la “repercusión general”, que entendemos necesarios para que se verifique en concreto una cuestión trascendente). Al actuar de ese modo, la Corte estará creando tales pautas, aunque lo hará procurando respetar el norte o núcleo de significado primariamente determinado por el legislador.

La segunda sub-especie, que denominamos discrecionalidad *stricto sensu*, es aquella en la que la actividad creativa del juzgador no está condicionada por parámetros (rígidos ni flexibles) establecidos por la ley. Ésta habilita al tribunal a resolver la cuestión debatida (en lo que nos interesa: la apertura de la competencia apelada de la Corte), según los criterios que ella misma determine. Los límites estudiados, como el respeto al principio de igualdad de trato y de transparencia, no brindan un norte inmediato, al que el máximo tribunal se deba atener, aunque tampoco permiten cualquier clase de elección caprichosa, arbitraria o basada en inclinaciones espurias. Su marco de acción es, entonces, mucho más amplio, pero sigue existiendo como tal (es decir, como marco).

Así, cuando un caso intrascendente llega a sus estrados, la Corte, según su sana discreción, puede admitirlo, debiendo hacer lo mismo con aquellos casos que tengan idénticas cualidades. Ahora: cuáles son dichas cualidades es una definición dejada al prudente arbitrio del alto cuerpo. Como fuera anticipado, éste podría, por ejemplo, adoptar un criterio según el cual decida admitir los casos más “trascendentes” dentro de los “intrascendentes” o, por el contrario, apartarse de toda noción de trascendencia y

utilizar un estándar totalmente diverso como el de la verosimilitud del planteo formulado (perspectivas de éxito de la impugnación) o el de la utilidad de los planteos intrascendentes para resolver cuestiones trascendentes, etc (v. *infra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.i] y capítulo sexto, par. IV, ap. 4.7.h] y par. V, ap. 3.2.f)).

Esta potestad de selección primaria será considerada aquí como una variante de actuación discrecional en sentido estricto.

Quien repase los desarrollos precedentes, encontrará similitudes entre la distinción formulada y la que buena parte de la doctrina sobre discrecionalidad jurídica realiza entre especies “débiles” y “fuertes” de discrecionalidad. La primera refiriéndose fundamentalmente a las hipótesis de especial vaguedad en los estándares con los que se puede juzgar la corrección de una decisión (por ejemplo: la Corte debe admitir los recursos extraordinarios siempre que en ellos se planteen cuestiones trascendentes) y la segunda, a la ausencia de estándares predeterminados (vg.: la Corte podrá, según su sana discreción, admitir o rechazar recursos en los que se articulen cuestiones intrascendentes).

La distinción puede encontrarse en la obra de DWORKIN, quien enunció su conocida categorización de las distintas variantes de discrecionalidad en estos términos:

“La discreción, como el hueco en una dona, no existe sino como un área dejada abierta por un cinturón de restricción que la envuelve. Por lo tanto, es un concepto relativo [...] A veces, usamos la voz ‘discreción’ en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón los estándares que un oficial debe aplicar no pueden ser aplicados mecánicamente, sino que demandan un juicio de su parte [...] Por ende, podemos decir, ‘La orden del sargento le dejó un amplio margen de discreción’ a quienes no saben cuáles fueron las órdenes del sargento o desconocen algo que generara que las órdenes fueran vagas o difíciles de cumplir. Podría tener perfecto sentido agregar, a modo de ampliación, que el teniente le había ordenado al sargento tomar sus cinco hombres más experimentados a patrullar, pero que era difícil determinar cuáles eran los más experimentados.

A veces utilizamos el término en un sentido débil diferente, para decir únicamente que algún oficial tiene autoridad final para adoptar una decisión, que no puede ser revisada ni revocada por ningún otro oficial [...]

Denomino a ambos sentidos como débiles para distinguirlos de un sentido más fuerte. A veces usamos la expresión ‘discreción’ no sólo para decir que un oficial debe llevar adelante un juicio para aplicar los estándares que le fueron fijados por la autoridad, o que nadie revisará ese juicio, sino para decir que en determinado asunto él simplemente no está atado a estándar alguno fijado por dicha

autoridad. En este caso, decimos que el sargento tiene discreción cuando le indican que escoja cinco hombres para patrullar a su elección ...”⁹¹

Dos notas distintivas deben, de todos modos, ser destacadas, que distinguen la posición sustentada en esta obra, de la del conocido iusfilósofo de Oxford. Las señalaremos brevemente, para no desviar el foco de atención de esta investigación.

La primera de ellas es estrictamente fonética: en estas líneas, pretendemos reservar la expresión “discrecionalidad” para las hipótesis en las que predomina la libertad del juzgador en la definición primaria de los parámetros que el mismo tendrá en cuenta para decidir, en ausencia de pautas más o menos elaboradas por el legislador. Se trata, según nuestro parecer, de la alternativa que más se aproxima al uso que de dicha expresión se hace en el lenguaje natural. La interpretación de conceptos jurídicos indeterminados como el estándar de la “trascendencia”, no merecerá la denominación de discrecionalidad en sentido “débil” o “intermedio”, sino que quedará directamente fuera del campo de utilización de dicha voz.

La segunda objeción es algo más profunda, ya que se refiere a los alcances mismos que, en la obra de DWORKIN, se da a la distinción entre reglas, *standards* y principios, como pilares fundamentales de su posición “superadora” de los modelos positivistas tradicionales (vg., HART, KELSEN). Como es sabido, uno de los *leitmotiv* en los que se basa la señalada construcción, es la superación de las corrientes iuspositivistas basadas en la idea de que el derecho constituye un conjunto de reglas que encuentran su razón última de validez en la llamada regla de reconocimiento (HART) o norma fundamental (KELSEN)⁹². La crítica formulada por DWORKIN a estas formas depuradas de positivismo jurídico, consiste fundamentalmente en advertir que las mismas, al considerar al Derecho exclusivamente como un conjunto de reglas, se desentienden del rol protagónico que cumplen los principios en la experiencia cotidiana,

⁹¹ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, 1977, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 17^o reimpresión, 1999, pp. 31-32 (traducción libre del autor); v. asimismo una adecuada sistematización de las opiniones ensayadas al respecto en LIFANTE VIDAL, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa, Madrid, n^o 25, Alicante, 2002, pp. 413-439.

⁹² Prescindimos de identificar las diferencias existentes entre el pensamiento de HART y KELSEN sobre el punto, no sólo por tratarse de argumentos ampliamente desarrollados por la metateoría general del derecho, sino además por resultar innecesario dicho abordaje para dejar plasmada la idea señalada en el texto.

transformándose así en un modelo de análisis insuficiente del fenómeno jurídico⁹³. Sin embargo, más allá de la poderosa argumentación del reconocido autor, no vemos en dichas ideas la construcción de una visión incompatible con el abordaje que las citadas corrientes iuspositivistas han concretado del fenómeno de la interpretación.

En lo que hace a nuestra investigación la diferencia entre el funcionamiento de las reglas y estándares (como por ejemplo, el de la “trascendencia”), por un lado, y el de los principios (vg., el respeto del postulado de igualdad de trato y transparencia como condición para el ejercicio “sano” de la potestad de admisión discrecional de recursos extraordinarios intrascendentes), podría ser utilizado como modelo descriptivo del modo en que opera el instrumento examinado.

Sin embargo, la utilidad de la distinción que sustentamos no implica suscribir la tesis de DWORKIN según la cual el funcionamiento de los principios sea a tal punto diverso del de las reglas, que no pueda sostenerse la compatibilidad entre su visión del mundo jurídico y la pregonada por corrientes positivistas como las de HART, KELSEN, BOBBIO o, en nuestro país, CARRIÓ o COSSIO.

Retomando el curso de nuestra investigación a la luz de la alcaración final formulada, corresponde destacar que el marco teórico de la posición que hemos sustentado, importa: i) mantener en pie la construcción “positivista” según la cual la indeterminación del lenguaje jurídico es consustancial a la técnica de control social conocida como derecho; ii) que la amplitud del marco de “elección” que poseen los jueces a la hora de encuadrar la realidad en los confines pergeñados por el ordenamiento, depende de la mayor o menor vaguedad que posean las expresiones utilizadas en el ordenamiento respectivo; iii) que es dable distinguir, entre estas variantes de amplitud en la aplicación de la ley, aquellos supuestos que denominamos discrecionalidad *stricto sensu*, en los que la ley no brinda criterios primarios de selección, pudiendo el juzgador cubrir tal vacío con criterios propios respetando ciertos principios generales (como el de igualdad de trato o el de transparencia), de aquellos otros en los que dicha determinación primaria es adoptada por el legislador utilizando una

⁹³ V. una síntesis de la crítica formulada por DWORKIN al “modelo de reglas” de HART, en CARRIÓ, Genaro, “Dworkin y el positivismo jurídico”, incluido en sus *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, ob. cit., 5° ed., pp. 320-371, en el que el autor atribuye al primero una errónea lectura de las enseñanzas del segundo, ya que HART nunca pregonó que todo el derecho es el derecho legislado, ni que todas las reglas que integran el sistema son específicas, por lo que tanto los estándares como los principios a los que se refiere DWORKIN son fenómenos perfectamente compatibles con la visión iuspositivista de HART (*ob. cit.*, esp. pp. 351-355).

terminología imprecisa (fenómeno al que nos referiremos como variantes de interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados); iii) dicha distinción sirve exclusivamente a propósitos metodológicos, sin que destruya la unidad conceptual del fenómeno analizado: el estudio de los parámetros que deben seguirse en uno y otro caso para arribar a una solución justa (en nuestro objeto de estudio: la selección de los casos a decidir por parte de los superiores tribunales).

Más adelante nos dedicaremos a los elementos definatorios de la noción de trascendencia y a la identificación de pautas que permiten un ejercicio posible y no arbitrario de las hipótesis de discrecionalidad *stricto sensu* establecidas en los principales regímenes de ‘certiorari’ establecidos en nuestro país. Por ahora, nos basta con dejar aclarado el sentido que se confiere en esta obra a la voz discrecionalidad, sin perjuicio de que en algún pasaje, por razones de comodidad idiomática, podamos aludir a la “jurisdicción discrecional” de los superiores tribunales como incluyendo a la totalidad de los sistemas de selección cualitativos que se estudian.

V. RECAPITULACIÓN. SÍNTESIS DE LOS PRIMEROS PASOS DE LA EXPOSICIÓN.

Combinando estas últimas conclusiones con los desarrollos precedentes, podemos sintetizar lo hasta aquí expresado, señalando que:

1) Existen razones suficientes para distinguir, a los efectos expositivos, la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, del reconocimiento de potestades discrecionales al poder judicial;

2) De dicha premisa, sin embargo, no se deriva necesariamente como conclusión, que los jueces carezcan de atribuciones discrecionales propiamente dichas;

3) En esta investigación, se calificará de “discrecional” (*stricto sensu*) a la decisión que adopta un órgano jurisdiccional sin atenerse a pautas o estándares establecidos primariamente por el legislador, sino a criterios determinados por el mismo tribunal que decide. O, en otras palabras, para las hipótesis en las que predomina la libertad del juzgador en la definición primaria de los estándares que él mismo utilizará para decidir.

4) El ‘certiorari’, tal como se encuentra regulado en nuestro país (arts. 280, CPCN; 31 bis, ley 5827 –Provincia de Buenos Aires-), combina ambas formas de actuación: por un lado, impone a los superiores tribunales la interpretación de

conceptos jurídicos indeterminados (típicamente: definir qué es una cuestión “trascendente”); y, por el otro, les reconoce potestades discrecionales *stricto sensu*, como es la posibilidad de admitir recursos que portan cuestiones intrascendentes (a efectos de lo cual les es permitido determinar autónomamente las pautas de selección que utilizará, sin guía alguna emanada del legislador);

5) Un dispositivo que acordara plena discrecionalidad (*stricto sensu*) para resolver el mérito cualquier controversia llevada a sus estrados aplicando estándares autoproclamados, quebraría el principio de legalidad y podría colocar en jaque al estado de derecho (art. 19, Const. Nac.). Sin embargo, el ‘certiorari’ no permite resolver el mérito de los casos llevados a los estrados de los superiores tribunales sobre la base de criterios discrecionales, sino sólo decidir parcialmente acerca de su propia competencia para expedirse sobre aquéllos, decisión que afecta únicamente la posibilidad de que el caso sea materia de revisión por una nueva instancia jurisdiccional;

6) El ‘certiorari’ produce una limitación sustancial del deber de motivar las resoluciones judiciales, la que puede ser considerada razonable en tanto no existen otros mecanismos más idóneos para reducir la sobrecarga de las cortes supremas y permitirles desempeñar adecuadamente su papel institucional.

7) Dicha limitación extrema del deber de motivar las decisiones de admisibilidad, sólo puede ser consentida en la medida en que se afiance, en paralelo, la transparencia del proceso de selección de causas, mediante instrumentos como:

a) la difusión de los criterios generales utilizados para juzgar la trascendencia de los asuntos o para admitir discrecionalmente recursos que portan cuestiones intrascendentes;

b) el acceso público y sencillo a la información relevante tenida en cuenta por la Corte para resolver como lo hizo en cada caso, incluyendo una sistematización del ejercicio del poder de selección que permita acceder (al menos sintéticamente) a los antecedentes de cada caso y al resultado respectivo (admisión o inadmisión, causal de ‘certiorari’ utilizada).

8) Por otra parte, la discrecionalidad en el ejercicio del poder de selección de los asuntos a resolver, sólo puede ser considerada “sana” en la medida que respete el principio de igualdad. Es decir, que se dé el mismo trato (admisión o rechazo) a recursos que posean las mismas cualidades. Para afirmar que dos casos poseen

características análogas y que, por ende, hubieran merecido el mismo destino, deben tenerse presente los distintos parámetros que utiliza la Corte para resolver: i) la trascendencia de las cuestiones involucradas y ii) la admisión de asuntos intrascendentes.

9) En tal sentido, para cuestionar el uso del filtro analizado, no basta con detectar, como frecuentemente se lo hace, que un caso típicamente intrascendente (vg., un recurso llevado ante la Corte federal en el que se procurara revisar temas de hecho, acudiendo a la doctrina de la arbitrariedad, sin que la definición adoptada tenga suficiente repercusión general) haya sido admitido, mientras que otro de mayor impacto en la comunidad, no haya tenido la misma suerte. Es que una vez que se desciende por debajo del piso de trascendencia que *impone* tratar un asunto, la actuación de la Corte pasa a ser discrecional *stricto sensu* y, por ende, las pautas aplicadas para seleccionar estos casos (intrascendentes), son diversas. Entran así a jugar elementos como la verosimilitud del planteo, la utilidad de dirimir una cuestión irrelevante como condición necesaria para pronunciarse en otra que resulta verdaderamente trascendente, etc. Por lo que, para determinar si la Corte procede de modo consistente con el principio establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional (conf. asimismo arts. 1.1 y 24, Convención Americana de Derechos Humanos), debe penetrarse en el parámetro utilizado para admitir o desestimar un asunto. Sólo después de dicho examen podrá compararse un caso con otros de contenido similar y verificar si, verdaderamente, se ha infringido la garantía de igualdad; es decir, si se ha privilegiado, por razones *non sanctas*, a un asunto sobre otro.

VI. LA UTILIZACIÓN TELEOLÓGICA DEL ‘CERTIORARI’.

Una de las premisas más importantes de la presente investigación consiste en afirmar que la reducción de causas que facilita el ‘certiorari’ (o cualquier otro mecanismo de selección cualitativa por parte de las cortes supremas), no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para que estos tribunales puedan desarrollar adecuadamente el rol institucional para el que fueron diseñados.

De dicha idea cardinal, se dispara casi automáticamente el concepto de la utilización *teleológica* que debe hacer toda corte dotada de semejante resorte para juzgar acerca de su propia competencia.

Al definir la agenda de casos a resolver anualmente, los cuerpos ubicados en el vértice de la organización judicial no deben comenzar por definir un número fijo de causas a resolver, para recién elegir, entre aquellas que han arribado a sus estrados, las más trascendentes que entren en ese “cupó”. Dicha sistematización implicaría alterar la función para la que, según lo explicamos en esta obra, el ‘certiorari’ fue pergeñado.

Para posicionarse frente a esta herramienta con una visión teleológica como la que se pregona en estas páginas, la Corte debe inicialmente identificar (y, en su caso, redefinir) su rol institucional⁹⁴. Recién luego de dicha profunda tarea de introspección, sobre la que nos expediremos oportunamente (v. *infra*, capítulo cuarto, par. IV ap 3.4] en lo referido a la Corte Suprema de la Nación; capítulo sexto, par. IV, ap 4.7 y par. V, para la Suprema Corte bonaerense), el tribunal cimero estará en condiciones de determinar de qué modo dichos cometidos pueden ser realistamente satisfechos, para lo cual, entre otras cosas, será necesario ajustar la cantidad de asuntos que merecerán revisión de mérito ante las más elevadas instancias jurisdiccionales. La meta, en definitiva, siempre debe quedar enfocada hacia el perfeccionamiento del papel que estos calificados órganos de justicia están llamados a cumplir, en el momento histórico que les toca protagonizar.

De todos modos, no se necesita demasiado esfuerzo para advertir que el enfoque propuesto, pese a ser postulado como el más adecuado, no está exento de dificultades. Es que, como luego veremos con más detenimiento, las funciones asumidas históricamente por nuestros superiores tribunales son variadas y heterogéneas, por lo que el modo en que el ‘certiorari’ puede servir a dichas misiones no es siempre idéntico.

⁹⁴ En tal sentido, pueden recordarse las palabras de uno de los más conocidos presidentes de la Suprema Corte de los EEUU, Earl WARREN, quien consideraba que el proceso de análisis de las peticiones de certiorari (*certiorari screening process*) “no sólo permite a la Corte adquirir un control sobre el número de expedientes, sino también para establecer prioridades en temas constitucionales y legales” (palabras extraídas de la adaptación editorial del debate entre el entonces Presidente de la Corte Warren BURGER y su antecesor, Earl WARREN, sobre la recomendación del grupo de trabajo conocido como *Freund Committee* relativa a la implementación de una Corte Nacional de Apelaciones en los EEUU, publicada bajo el título: “Retired chief justice Warren attacks, Chief Justice Burger defends Freund’s Study Group Composition and Proposal”, en *American Bar Association Journal*, vol. 59, julio 1973, pp. 721-730, esp. p. 728 (59 A.B.A. J. 721 [1973])).

Similar valoración ha hecho otro destacado presidente del máximo tribunal norteamericano, William RENQUIST, al señalar que “el examen del proceso de ‘certiorari’ naturalmente nos trae la cuestión del preciso rol de la Suprema Corte en el sistema legal de nuestro país” (RENQUIST, William H., *The Supreme Court*, 2° ed., 2001, p. 235 [trad. propia]).

Nuestras cortes supremas, en efecto, han sido diseñados como: i) *tribunales constitucionales de última instancia* (tanto la Corte Suprema de la Nación como la Surpema Corte de la Provincia de Buenos Aires tienen competencia apelada para resolver contiendas constitucionales de todo tipo); ii) órganos de *casación* (encargados de controlar la correcta interpretación y aplicación de la normativa infraconstitucional⁹⁵, así como de procurar la uniformación de la jurisprudencia sentada a su respecto por los órganos inferiores); y iii) finalmente, se los ha considerado titulares de una función *axiológica*, por la que se considera que estos cuerpos, por ser –en definitiva- tribunales de “justicia”, no pueden permitir que el resultado final que el Estado brinda a la contienda, termine agrediendo dicho valor cardinal del derecho.

A poco que se mire esta enunciación de roles que dichas cortes han asumido – con variantes- como propios, puede anticiparse una de las reflexiones que oportunamente desarrollaremos *in extenso*: no debe caerse en la simplificación de considerar que, para que un caso sea trascendente, bastaría con que el mismo haga que el superior tribunal desarrolle alguno de tales cometidos. De ser así, prácticamente todos los casos, adecuadamente planteados por quien conoce la técnica recursiva extraordinaria, llegarían a tener cabida ante tales cuerpos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, sería suficiente con denunciar apropiadamente la presencia de defectos serios que transformen a la sentencia en arbitraria (CSJN) o absurda (SCBA), como para considerar que el caso resulta trascendente, ya que –en tal hipótesis- una resolución de mérito en la causa colocaría al respectivo tribunal cimero en ejercicio de su función “axiológica”. Con lo cual, obvio es decirlo, los instrumentos de selección cualitativa perderían toda utilidad en nuestro país.

Es por ello que el parámetro de trascendencia de las cuestiones articuladas ante los tribunales superiores *es útil para lograr que estos órganos perfeccionen sus cometidos institucionales, pero no se identifica con dichas misiones fundamentales*. En otros términos: para que un asunto sea considerado relevante como para abrir las compuertas de las

⁹⁵ Anticipándonos a desarrollos posteriores y simplificando contenidos que, en verdad, se encuentran ampliamente difundidos, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación le corresponde la última palabra sobre la interpretación de la legislación federal, es decir, de la emanada del Congreso de la Nación, con excepción de la normativa de fondo (civil, comercial, penal, laboral, de minería). Mientras que la SCBA (como en general sucede con todos los superiores tribunales de provincia), además de conocer (con carácter previo a la CSJN) en temas de hermenéutica federal, le corresponde –en principio, en última instancia- la revisión de la correcta o incorrecta interpretación y aplicación de la legislación común (civil, comercial, penal, laboral, de minería), local (vg., administrativa, tributaria, etc.) y procesal.

instancias más elevadas de la jurisdicción, es condición necesaria, pero no suficiente, que el caso coloque a la Corte en ejercicio de sus funciones más eminentes. Además de ello, debe demostrarse que una decisión sobre el mérito incidirá directa o indirectamente en una porción relevante la comunidad (repercusión general).

Si esta última nota no se presenta en un caso concreto, el caso será intrascendente. Sin embargo, siguiendo la interpretación que postulamos en torno a los alcances del ‘certiorari’ argentino (en las dos variantes que aquí se estudian –art. 280 CPCN y art. 31 bis ley 5827-), el caso podrá ser admitido según la sana discreción del tribunal cimero. Para ello, el criterio para la utilización del filtro varía, ya que –como fuera anticipado y será examinado en profundidad más adelante- las cortes supremas cuentan con atribuciones suficientes para determinar qué parámetros serán tenidos en cuenta para habilitar ante sus estrados causas que no desborden el interés de las partes (*ius litigatoris*).

Sintetizando estas apreciaciones liminares, podemos decir que: i) en esta investigación se postula una visión teleológica de los filtros de selección cualitativos, por la cual se los considera como instrumentos orientados a perfeccionar el ejercicio del papel institucional de los superiores tribunales; ii) la reducción de causas, por ende, no es un fin en sí mismo, ni debe pensarse que, en la planificación del buen uso de la herramienta, quepa partir de la identificación de un “cupó” máximo de casos a resolver anualmente; iii) si bien el ‘certiorari’ sirve para potenciar dichos roles institucionales, no debe caerse en la simplificación de considerar que un caso es trascendente meramente por permitirle al tribunal cumplir alguna de dichas misiones; iv) el modo en que estos dispositivos de selección sirven a dicha finalidad institucional, depende del tipo de función a desplegar por la Corte en cada caso (vg., control constitucional, nomofilaxis, uniformación, preservación de la justicia del caso).

VII. OTROS INSTRUMENTOS DE DESCONGESTIÓN.

1) Introducción

En todo análisis de razonabilidad de un dispositivo debe llevarse adelante no sólo una evaluación de la *adecuación* del medio utilizado (vg., reconocer a un Superior Tribunal poderes discrecionales para seleccionar los casos a decidir) para lograr el fin

pretendido (descongestión de tareas de dichos cuerpos para permitirles concentrar sus esfuerzos en las misiones que institucionalmente les corresponden) y una *ponderación* de la proporcionalidad del resorte aplicado, de modo de garantizar que al perseguir dicha tésis no se altere la sustancia de la institución reglamentada.

Además de dichos parámetros (adecuación y proporcionalidad en sentido estricto), el examen de razonabilidad debe completarse con la comprobación de la *necesidad* del instrumento utilizado. Es decir, que no basta con decir que un medio es idóneo para lograr el fin deseado (razonabilidad técnica)⁹⁶, sino que hay que demostrar entre los diversos resortes disponibles a tal efecto, se ha escogido aquél que menos restringe la libertad comprometida⁹⁷.

Hemos señalado en las páginas previas que no corresponde considerar que en nuestro ordenamiento exista un derecho a acceder ante los estrados de las cortes supremas, diverso a aquél que el legislador procure razonablemente conferir a los litigantes para hacer efectivo el papel que aquéllas tienen asignado en las constituciones respectivas.

Ahora bien, con independencia de que se considere al ‘certiorari’ como un límite a la “libertad” de ingresar a dicha instancia superior o como una definición legal orientada a colocar en cabeza de estos cimeros cuerpos la definición de los asuntos que son propios de su misión institucional, es posible verificar si existen otros caminos menos tajantes para racionalizar el trabajo de tales tribunales. Se trata entonces, en la terminología antes utilizada, de examinar la *necesidad* de la herramienta examinada, frente a otros medios por los que se podría lograr análogo resultado.

2) Quid del número de jueces y de la división en salas.

2.1) Antecedentes.

En muchas de las etapas históricas en las que se examinaron los diversos paliativos posibles frente al colapso evidente de las cortes supremas, estuvo presente la

⁹⁶ V. LINARES, Juan Francisco, *La razonabilidad de las leyes*, Astrea, 2º ed. (1º reimpresión), 1989, esp. pp. 29-31, 107-108 y 130-136.

⁹⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* [trad.: Carlos BERNAL PULIDO], 2º ed. (en castellano), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 91-95; *id.*, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales* [trad.: Carlos BERNAL PULIDO], Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 39-81; MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 236-274 (esp. 240-244, tratando los subprincipios de adecuación y necesidad).

idea de que un aumento en el número de miembros de dichos órganos, con o sin la alternativa de dividirlos en salas, mejoraría la eficacia del cuerpo.

Así, la idea fue enfáticamente defendida por la Corte Suprema de la Nación en 1958, cuando por Acordada del 25 de agosto de 1958⁹⁸ expresó –frente a la consulta del entonces Presidente de la Nación, Dr. Arturo FRONDIZI⁹⁹ - que dicho tribunal consideraba “de toda necesidad y urgencia aumentar a nueve el número de miembros del tribunal, en consideración al elevado monto de causas que durante los diez años últimos, sobre todo, han llegado regularmente a conocimiento de la Corte”¹⁰⁰. Agregaba entonces el alto cuerpo que: “el tribunal viene soportando el peso de una elevada cantidad de causas que no logran ser resueltas”, concluyendo que “todo esto sólo puede remediarse con una reforma sustancial en la estructura de la Corte que, al mismo tiempo que aument[e] el número de sus jueces y secretarios, haga posible la división en salas a fin de dar pronto despacho a un gran número de causas (expropiaciones, cuestiones de réditos o aduanas, etc.) que no constituyen el trabajo realmente propio de una Corte Suprema¹⁰¹.

Igualmente, el argumento de eficacia fue la *ratio* fundamental exhibida por el Poder Ejecutivo en el año 1990 al proponer la elevación a nueve del número de jueces del alto cuerpo, que luego se concretara con la sanción de la ley 23.774.

La respuesta de la Corte en esta oportunidad fue diametralmente opuesta a la que explicitara en 1958. En efecto, a través de una nueva Acordada¹⁰², a más de 30 años

⁹⁸ El texto de la Acordada, suscripta por los Ministros de la Corte Dres. Alfredo ORGAZ (Presidente), Benjamín VILLEGAS BASAVILVASO, Aristóbulo ARÁOZ DE LAMADRID y Julio OYANARTE, puede consultarse en LL 92-319, con comentario crítico de PRÓCULO, “Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia”.

⁹⁹ El titular del Poder Ejecutivo se había dirigido por oficio al máximo tribunal estimando “de sumo interés conocer la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca de la oportunidad y conveniencia de aumentar el número de jueces que la integran, con asignación de salas de competencia determinada”.

¹⁰⁰ Los números exhibidos en la Acordada marcaban un ingreso en 1949 de 1.018 causas y en 1957 una suma casi igual al doble (1.997 causas), con cierta regularidad en el aumento durante los años intermedios.

¹⁰¹ Es de señalar que la Acordada tuvo la disidencia del Dr. ARÁOZ DE LAMADRID, por entender que era prematuro propiciar resueltamente el aumento de miembros del tribunal mientras no se conozcan los resultados de la restructuración orgánica y funcional que debería ponerse en práctica a partir de la creación de nuevos cargos y la mejora de los cuadros del alto personal jerárquico de la Corte.

¹⁰² CSN, Acordada 44, del 22-IX-1989, JA 1989-IV-47; LL 1990-A-1089, con comentario de EKMEKDJIAN, Miguel Angel, “El rol institucional del Poder Judicial de la Nación, en una reciente acordada de la Corte Suprema de Justicia”; LL 1991-C-741, con nota de SCELZI, José L., “La Acordada 44 y la independencia del Poder Judicial (Necesidad de reformar el sistema constitucional para la designación de jueces)”; ED 135-981 (1989), con comentario de HERRENDORF, Daniel, “La Corte Suprema asume la defensa de sí misma para proteger las instituciones. Concierto sin bemoles para cuatro violines”. También analiza la Acordada OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema ...*, ob. cit., pp. 193-202,

de aquél pronunciamiento favorable a la ampliación de sus integrantes, el órgano se oponía a esta nueva iniciativa (que luego, y en medio de una fuerte polémica, se concretara mediante la ley 23.774). Los términos fueron contundentes:

“ [...] 3º) Que cabe formular una observación liminar. No es aventurado afirmar que en el momento actual alienta en la sociedad argentina la esperanza de que la experiencia de transitar por el camino de las institucionales constitucionales sea esta vez verdadero y sólido. Uno de los pilares en que aquélla se asienta es la independencia u estabilidad del Poder Judicial, la cual no puede dejar de estar vinculada con la estabilidad de sus órganos y sus titulares.

Las bruscas alternativas de su composición, aunque entren formalmente en las atribuciones legales de los otros Poderes, en los hechos afectan tales valores, los cuales deben ser especialmente preservados para asegurar dicha esperanza, surgida tras vicisitudes históricas, amargas y prolongadas.

Esto debe tenerse especialmente en cuenta si se atiende a que el mensaje antes referido no expresa las concretas razones por las cuales el arbitrio propuesto sería el medio idóneo para conjurar el estado de cosas que lo motivaría.

5º) Que asimismo, entre la situación fáctica a la que se alude y el remedio cuya aptitud se da por presupuesta, media una distancia que no puede ser recorrida sin grave riesgo.

En efecto, las estadísticas anuales y públicas del Tribunal muestran claramente que el incremento en la entrada de expedientes que se ha ido produciendo, por ejemplo, en los últimos 20 años, se ha visto permanentemente acompañado por un proporcionado y contemporáneo aumento de las causas falladas. Asimismo, determinados picos en el ingreso registrados, en 1986, 1987 y 1988, responden a grandes grupos de litigios de análogo contenido [...], lo cual determina que, una vez sentada la doctrina del Tribunal a su respecto, la resolución cada caso se torne sensiblemente facilitada.

“6º) Que, por otro lado, resulta fundamental destacar que, por cuanto esta Corte sea ‘una’ (art. 94 [nota: numeración anterior a la reforma de 1994], el estudio y decisión de los procesos que atañen a su ministerio no puede estar asignado o limitado a sólo alguno de sus miembros.

Ahora bien, síguese de ello dos consecuencias a cual más importante. La primera, que si el Tribunal debe actuar por la Constitución como una unidad, el aumento de sus componentes carece de todo influjo en la magnitud del ingreso de las causas a decidir. La restante, que, en tales condiciones, ese igual número de litigios deberá ser estudiado no por cinco sino por nueve jueces.

Es de señalar que el documento fue firmado a los siete días de que el Poder Ejecutivo envió al Congreso el proyecto que luego se transformaría en la ley 23.774, lo que denota el interés que en el seno de la Corte suscitara la propuesta.

También cabe remarcar la diferencia entre el diálogo institucional que enmarcara la iniciativa de ampliación de 1958 (en la que –como fuera recordado– el Presidente de la Nación se dirigió por oficio al máximo tribunal considerando de elevado interés conocer su opinión en la materia) y la de 1989. A diferencia de lo sucedido en 1958, en 1989 la Corte comenzaba su comunicado afirmando haber tomado conocimiento del proyecto de ley “por la prensa” (v. Acordada 44, cit., consid. 1º).

Ambas conclusiones, obviamente, son demostrativas de que la suma de miembros para un órgano unitario no es un vehículo conducente para variar el ingreso de expedientes; ni para aliviar lo que constituye el quehacer primordial de los magistrados: resolver los litigios; ni para agilizar el curso de los procesos¹⁰³.

La función de un órgano judicial –facultad y deber de éste. Es determinar el derecho de las partes, con el objeto de eliminar sus conflictos; si el órgano es colegiado y uno, su composición ha de ser la que mejor tribute, por el mutuo y recíproco aporte de sus miembros, a la obtención de las decisiones más justas y oportunas. Empero, es una verdad a todas luces evidente y que la experiencia común ratifica, que el engrosamiento del número de jueces llamados a pronunciarse sobre una misma causa, por encima del que ya satisface los aludidos requerimientos, lleva a resultados precisamente opuestos a los recién mencionados. Debates interminables, multiplicación de votos dispares que impide establecer criterios jurisprudenciales claros y previsible, inseguridad jurídica, prolongación de las situaciones litigiosas, entre otros, son los efectos contraproducentes más notorios.

[...]

7º) Que estas consideraciones mueven a la siguiente reflexión. La más que centenaria colección de *Fallos* de la Corte es prueba harto ilustrativa de que en los 120 años en que el Tribunal actuó con la composición que hoy posee, sus sentencias han sido testimonio y resonancia de opiniones y pensamientos, criterios y filosofías, posiciones y principios variados y opuestos. Los votos concurrentes y los votos disidentes que se registran en casos que constituyen verdaderos hitos en el desarrollo u consolidación de los derechos y garantías de los individuos, y en la relación entre los órganos de los gobiernos federal y provincial, y también en múltiples controversias de aparente menor relevancia, acreditan silenciosa pero no por ello menos concluyentemente, que el número de magistrados que ha regido en tan extenso período –prácticamente la vida toda del Tribunal, y de la Nación desde su definitiva organización- lejos de impedir u obstaculizar un debate de las ideas suficiente, lo ha posibilitado plena y fecundamente. No hay, por ello, más que gratuidad en el citado mensaje cuando pretende, proyecto mediante, contribuir a la ‘mayor autoridad académica de [los] fallos’ o al ‘robustecimiento [de] las decisiones en materia de control de constitucionalidad’, mediante el nudo medio de sumar integrantes. Es asimismo, cuestión bien sabida que, si de tal autoridad se trata, las opiniones no se cuentan sino que se pesan.

8º) Que tal afirmación y los propósitos a los que obedecería, no son más consistentes si se los interpretase en el sentido de que esa mayor autoridad se lograría como consecuencia de que el aumento

¹⁰³ Trayendo a colación otro ejemplo de utilización del argumento de eficiencia en sentido contrario al propuesto por la ley 23.774 (es decir, apelación a dicho argumento como justificativo de la decisión de *reducir* el número de jueces, en vez de ampliarlo), puede acudirse a los fundamentos que, en la Provincia de Buenos Aires, acompañaron al proyecto que luego se transformara en la ley 13.662, que llevó de 9 a 7 el número de jueces (v. *infra* capítulo sexto, par. II, ap. 2)). Se señala en dicho documento:

“...En primer lugar, dado el funcionamiento plenario que exige el dictado de la generalidad de los actos de la Suprema Corte, la reforma propuesta ha de coadyuvar a imprimir mayor celeridad a la circulación de las causas. La Constitución Provincial, en su artículo 15, garantiza a todos los habitantes la tutela judicial continua y efectiva de sus derechos, razón por la cual, la búsqueda de acortar los tiempos en los procesos no puede estar ausente en las definiciones normativas relativas a la organización de un tribunal de tal envergadura”.

de jueces llevaría a reducir el número o la intervención de los actuales funcionarios del tribunal que, a juicio del mensaje, ‘realizan tareas inherentes a los jueces, las cuales son de la exclusiva responsabilidad de éstos...’. Por cierto que semejante inconsistencia no provendría de que la función de decidir no estuviese unida al juez de tal manera que no se la pueda separar de éste (‘inherente’), sino que derivaría de suponer dogmáticamente que, en el estado moderno, la existencia de un cuerpo de auxiliares produce, por sí, una transferencia, delegación o separación de facultades y deberes intransferibles, indelegables o inseparables. Ello sería tanto como dar por sobreentendido que el creciente e incomparable elenco de funcionarios -de las más diversas jerarquías y denominaciones- y asesores que revistan en los otros dos poderes, realizan labores que, por la CN., son ‘inherentes’ al Presidente de la Nación o al Congreso Nacional. Por otro lado, la experiencia de nuestro país parece indicar que un incremento en el número de órganos-persona titulares de una función suele ser acompañada de un incremento de los funcionarios auxiliares.

9º) Que el mensaje también señala que la medida en estudio guarda armonía con las soluciones adoptadas en el derecho comparado. La consideración de este aserto es asaz problemática ya que no se lo acompaña por señalamiento alguno de los modelos tomados en cuenta. Con todo, es éste, como tantos otros, un aspecto en que la comparación de las experiencias de otros países no puede ser llevada a cabo ni rigurosa ni satisfactoriamente, sin el previo conocimiento y ponderación, por lo menos, de los caracteres, alcances y modos en que cada órgano ejerce su competencia, y de si se halla o no dividido en salas.

En tal sentido, las conclusiones que surgen de una investigación dirigida por el profesor de la Universidad de París, André Tunc, y realizada por magistrados y estudiosos en diferentes altos tribunales, como la Cámara de los Lores; las Cortes Supremas de los Estados Unidos de Norteamérica -y de los Estados de California y Luisiana-, Canadá, Japón, Suecia, Noruega, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Polonia, Alemania Federal; la Corte de Casación de Italia; el Tribunal de Suiza y de Yugoslavia; no autorizaría a avalar concluyentemente tal afirmación. Es más todavía, señala ese autor respecto de la Suprema Corte norteamericana, que su número de nueve jueces, quizás impuesto en razón de la gravedad de los problemas que debe resolver, obstaculiza ciertamente su cohesión. Y agrega que, en la Cámara de los Lores y en buena parte de otras cortes supremas, la unidad normal del juicio es de cinco magistrados, cuando ella no es de tres (v.: *La Cour Judiciaire Supreme, une enquete comparative*, París, 1978).

10º) Que, en lo concerniente al último motivo invocado en el mensaje, esto es, que la reforma ‘atiende a la inmediatez’, cabe puntualizar que si el tribunal ha de actuar como una unidad por lo que es necesario que todos los jueces se impongan de todas las causas (supra, 6), y si la inmediatez con la controversia es una relación personal e intransferible de cada uno de aquéllos con ésta, no se acierta, entonces, a dar con las razones con base en las cuales la reforma beneficiaría tan destacado principio procesal.

11º) Que no es dudoso que incumbe a la ley la determinación del número de los jueces de la Corte Suprema.

Sin embargo, la pertinencia de esa facultad está supeditada a que su ejercicio responda a una exigencia de las ‘necesidades reales’ a cuya consideración obedeció la reforma introducida por la Convención de 1860 a la Constitución de 1853 (Joaquín V. González, ‘Obras completas’, Ed. 1935, III, n. 584, ps. 502/503).

Consecuentemente, todo cuanto se ha venido exponiendo autoriza a concluir en que las ‘necesidades reales’ relativas a la aptitud del tribunal para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, no entrañan requerimiento alguno para modificar al número de sus miembros. La solución a tales necesidades pide -y reclama- otros arbitrios [...]”.

De todos modos, ni la prédica del máximo tribunal, ni las advertencias de reconocidas instituciones representativas de la abogacía¹⁰⁴, tuvieron eficacia suficiente para evitar la reforma anunciada. Así, la ley 23.774 (1990) además de introducir –como veremos más adelante- el llamado ‘*certiorari*’ en el ámbito del recurso extraordinario federal (reforma a los arts. 280 y 285 del CPCN, art. 2 ley cit.), concretó la discutida modificación en la integración del alto cuerpo, ampliando sus miembros de 5 a 9 (art. 1, ley cit.). La enmienda fue resistida por importantes sectores de la comunidad, por la doctrina especializada e incluso –como vimos- por las asociaciones representativas del foro y por los propios jueces de la Corte (Acordada 44/89, emitida a los siete días de elevado el proyecto de ley por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación). Se entendió, en general, que debajo de los poco fundados argumentos de “eficiencia” con los que se intentó justificar la reforma, subyacía el espurio propósito de contar con una composición del Tribunal acorde con la ideología del gobierno de turno¹⁰⁵.

A partir de dicha reforma, que provocara la renuncia del Ministro del Alto Tribunal, Dr. BAQUÉ, los nuevos integrantes del cuerpo pasaron a ser denominados en la opinión pública como la “mayoría automática”, por considerarse que sus pronunciamientos demostraban sumisión a las líneas político-económicas emanadas del Poder Ejecutivo. En los números, sumada la renuncia del Dr. BACQUÉ, la vacante antes

¹⁰⁴ Tanto el Colegio Público de Abogados, como la Asociación de Abogados de Buenos Aires, se pronunciaron, antes del tratamiento del proyecto de ley en el Senado, destacando el peligro de la iniciativa para la independencia del Poder Judicial (v. en tal sentido, la cita textual de los comunicados de ambas instituciones por parte del senador Fernando DE LA RÚA en el plenario de la Cámara Alta: CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, 22ª reunión, 18ª sesión ordinaria, esp. p. 2616)

¹⁰⁵ Para otras referencias a los antecedentes de la reforma, el debate que suscitara y la valoración del precedente sentado con relación al prestigio del sistema de justicia y a la independencia del poder judicial, valorada con acierto como pilar necesario del sistema democrático: v. OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema, entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Platense, 1994, pp. 189-204; v. asimismo, CARRIÓ, Alejandro, *La Corte Suprema y su independencia*, pp. 153-160.

surgida por la renuncia del doctor CABALLERO y la designación de otros cuatro miembros a partir de la reforma introducida por la citada ley 23.774, el Poder Ejecutivo de turno, con acuerdo del Senado, nombró inicialmente seis de los nueve integrantes de la Corte. Con la renuncia del doctor OYHANARTE al año siguiente, sumó una nueva designación.

Pocos años después, a partir del llamado “Pacto de Olivos” celebrado entre los principales referentes políticos del momento (el ex Presidente Raúl ALFONSÍN por la Unión Cívica Radical y el entonces Presidente Carlos MENEM por el Justicialismo), que motorizó la reforma constitucional de 1994, dos de los integrantes del alto cuerpo presentaron su renuncia, siendo cubiertas sus vacantes con acuerdo de la oposición. Finalmente, en lo que hace a dicho período gubernamental, la renuncia del doctor LEVENE [h] dio lugar a una nueva nominación a cargo del Poder Ejecutivo, nuevamente con la aguda resistencia de diversos sectores de la opinión pública, sustentada en el procedimiento de designación y en la autoproclamada “amistad” del postulante con el Presidente de la Nación¹⁰⁶.

La falsedad de los argumentos de “eficiencia” que se postularan en 1990 para ampliar los Ministros de la Corte a nueve y la denuncia de los verdaderos (e inconfesables) motivos de dicha reforma, fue reconocida por el mismo legislador (claro está: en un contexto político contrapuesto a aquél que imperara durante la década del ’90). Así, en el año 2006, el número de miembros de la Corte federal se contrajo a 5, previéndose un sistema de transición hasta que el cuerpo recobrar materialmente dicha cantidad de jueces por la salida progresiva de los integrantes existentes a dicha época, sin nombramiento de reemplazos (Ley 26.183¹⁰⁷). Recalando en los fundamentos del proyecto que luego se transformara en la ley 26.183, puede advertirse claramente que la tésis de la reducción se justificó en la búsqueda de revisar del error institucional que se plasmara con la ampliación del año 1990, reforma valorada como exclusivamente dependiente de razones políticas conyunturales. Así se expresó el senador GIUSTINIANI (autor del proyecto), al fundar la propuesta:

¹⁰⁶ V. CARRIÓ, Alejandro, ob. cit., p. 158.

¹⁰⁷ B.O.: 18-XII-2006.

“... La mayor crisis en la historia institucional de la Corte Suprema se inició con la ampliación de cinco a nueve integrantes operada en el año 1990 mediante la ley 23.774. Este aumento, junto con la renuncia de dos de sus miembros, le permitió al ex presidente Carlos Menem nombrar a un número suficiente de ministros para lograr lo que más adelante se conocería como ‘mayoría automática’. Esta ampliación nunca pudo ser justificada en las razones que en apariencia la motivaron: dotar de mayor eficacia el funcionamiento del tribunal. Las cifras publicadas por la propia Corte muestran que su trabajo resultó más ineficaz a partir del aumento del número de jueces”.

“Desenmascarada la verdadera intención de la ampliación del Tribunal -garantizar una mayoría adicta- por la propia conducta posterior de esa ‘Corte ampliada’, ese aumento ha significado una profunda pérdida de confianza en la justicia, que se agravó con la crisis desatada en diciembre de 2001, donde quedó de manifiesto el rechazo de la ciudadanía a la falta de independencia de los jueces”.¹⁰⁸

Los antecedentes señalados documentan, con ejemplos extraídos incluso de la historia reciente de nuestro país, lo que a esta altura constituye un axioma del estado de derecho: la modificación de la cantidad de integrantes de una Corte Suprema constituye un acto de profunda gravedad institucional, susceptible de afectar seriamente el equilibrio que debe imperar en un régimen apoyado en la separación de poderes.

La experiencia del derecho comparado corrobora la tesis aludida.

Conocida es, en tal sentido, la tentativa de reformas impulsada por el Presidente Franklin W. ROOSEVELT en 1937, denominada “*Court-packing plan*”, que –entre sus principales medidas vinculadas con la organización de la justicia federal- contenía una propuesta ampliación de los miembros de la Suprema Corte de los Estados Unidos¹⁰⁹. Al igual que ocurriera con posterioridad en nuestro país, la iniciativa se basó oficialmente en un discurso de “eficiencia” (incrementar el número de jueces de la Corte permitiría afrontar la carga de trabajo del alto cuerpo). Sin embargo, es general el consenso en torno a las verdaderas razones que inspiraban la propuesta: el temor a la paralización de la gestión de gobierno frente a la declaración de inconstitucionalidad,

¹⁰⁸ V. “Fundamentos” del proyecto de ley tramitado ante el Senado de la Nación, por Expte. n° 2028/05, presentado el 5 de julio de 2005, aprobado en dicha Cámara el 22 de noviembre de 2006 y en la Cámara de Diputados el 1° de diciembre de 2006.

¹⁰⁹ Numerosas crónicas dan cuenta de este proyecto, haciendo especialmente referencia al contexto político en el que el mismo tuvo lugar. Entre ellos, puede citarse la completa historia de la crisis elaborada por MC KENNA, Marian C., *Franklin D. Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court Packing Crisis of 1937*, Fordham University Press, New York, 2002, pássim; v. asimismo: LEUCHTENBURG, William, “The origins of Franklin D. Roosevelt ‘Court Packing’ Plan”, en *Supreme Court Review*, 1966, pp. 340-400; RENQUIST, William H., *The Supreme Court*, 2° ed., Vintage Books, New York, pp. 116-133 [orig.: *The Supreme Court. How It Was How It Is*, Morrow, New York, 1987, pp. 215-234].

por parte del máximo tribunal, de la primera parte de la legislación aprobada para paliar las consecuencias de la depresión económica de los años '30 (*New Deal legislation*). Se trataba, cabe recordarlo, de una Corte entonces integrada por una mayoría conservadora y con 6 jueces de más de 70 años, a la que públicamente se les asignaba el mote de “*nine old men*”. La fuerte oposición que generó el proyecto, bloqueó su aprobación en el Congreso norteamericano, con lo que se frustró la más fuerte tentativa reformadora de la composición de la Corte de los EEUU desde el año 1869¹¹⁰.

2.2) *Evaluación de “eficiencia”.*

Dejemos por ahora a un lado todo lo concerniente a la profunda incidencia que tiene, en el prestigio e independencia del Poder Judicial, la estabilidad en el número e integración de la Corte Suprema. Hagamos lo mismo con otros fundamentos usualmente acompañados a las diversas propuestas de ampliación de los Ministros del alto cuerpo, como los diversos motivos adicionales invocados en el cuestionado proyecto que posteriormente se transformara en la ley 23.774 (vg., la autoridad académica de los fallos, la necesidad de evitar la delegación en relatores, secretarios u otros funcionarios letrados, etc.).

Quedémonos con aquello que interesa a este párrafo a efectos de responder al interrogante antes anunciado: ¿el aumento o reducción en el número de jueces de una Corte Suprema incide en la eficacia del tribunal? ¿Agiliza el estudio de causas? ¿Es una alternativa válida para no tener que recurrir al antipático resorte discrecional del ‘*certiorari*’ para remediar el trastorno ocasionado por la sobrecarga de aquélla?

¹¹⁰ La SC de los EEUU ha mantenido sus actuales 9 miembros desde 1869 hasta la actualidad. Con anterioridad, la integración fue variando, muchas veces por razones políticas. Así, no sólo el *aumento* de los jueces ha sido un resorte pensado para contar con un tribunal superior acorde con las grandes líneas del gobierno en ejercicio. También la *reducción* se ha mostrado como un instrumento tendiente a evitar que actuales o próximas gestiones tengan la posibilidad de designar nuevos miembros ideológicamente cercanos al partido gobernante. Así, por ejemplo, la Suprema Corte estadounidense varió entre sus seis miembros originales (1789), reduciéndose a cinco en 1801 y modificándose en diversas oportunidades llegando a un máximo de diez magistrados en 1863, para luego estabilizarse en 1869 con los nueve jueces actuales. En 1866, frente a la propuesta del entonces Presidente de los EEUU Andrew JOHNSON de nombrar a su *Attorney General* como juez de la Corte, la respuesta del Congreso fue reducir el número de jueces (de 10 a 7), haciéndose efectiva para las próximas vacantes, impidiendo así al Poder Ejecutivo de turno nominar nuevos candidatos. Incluso la referida ampliación final de los miembros de la Corte a los actuales nueve jueces (año 1969), fue calificada en su tiempo como un “regalo” del Congreso al recientemente electo Presidente Ulysses GRANT (v. ABRAHAM, Henry J., *Justices and Presidents. A political history of appointments to the Supreme Court*, Oxford University Press, 3° ed., 1992, p. 127; ESTREICHER – SEXTON, *Redefining ...*, ob. cit., pp. 9-14).

En otros términos: independientemente de la seria incidencia que toda modificación en el número de integrantes de una Corte Suprema tiene desde la perspectiva de la independencia del Poder Judicial, ¿es acertado sostener que una medida de dichas características impacta efectivamente sobre la celeridad del estudio de los casos o la descongestión del trabajo?

Previo a responder este interrogante, es dable formular algunas aclaraciones, para no caer en la tentación de dar una respuesta obvia a la pregunta, sin tomar en cuenta la forma de trabajo real de cada superior tribunal.

Hay dos aspectos del problema que son evidentes y que, como tales, no dan una respuesta acabada al mismo:

a) El primero de ellos es que si, de conformidad con las reglas de actuación del órgano colegiado, *todos los jueces deben entender en todas las causas*, cae de maduro que una ampliación en sus miembros en nada ayudaría a la celeridad en el dictado de sentencias, sino que –por el contrario- la perjudicaría. En tal hipótesis, el mismo número de litigios debería ser estudiado no por cinco jueces, sino –por ejemplo- por siete o por nueve, lo que sólo puede tornar más lento el camino hacia un pronunciamiento definitivo. Esta línea de análisis es la que sostenía Rafael BIELSA en 1958¹¹¹ o la CSN en 1989, al valorar sendas propuestas de ampliación del número de integrantes del máximo tribunal. Sin embargo, independientemente de la innegable autoridad y prestigio de sus sostenedores, la observación no alcanza para examinar en profundidad el problema.

Debe tenerse presente que varios de los tribunales colegiados en nuestro país (como, por ejemplo, la CSJN y la SCBA) no requieren de dicha participación necesaria, sino que –como se destaca *infra* (v. ap. c)]- pueden dictar sentencia al contar con la cantidad de votos necesarios para conformar mayoría de opiniones¹¹².

b) El segundo de los datos axiomáticos a tener en cuenta, es que si el aumento de jueces se produce auspiciando la *división del órgano en salas* (vg., Cortes de Casación de

¹¹¹ PRÓCULO, “Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia”, cit., esp. p 319. Señalaba allí el citado publicista: “... aunque importe mayor suma de ilustración y experiencia el estudio de las mismas causas por más jueces, determinará fatalmente mayor demora en la decisión de los casos fallados. Si tres jueces ven un asunto en quince días, cinco necesitan veinticinco, y nueve jueces, cuarenta y cinco días”.

¹¹² En los Estados Unidos, para citar otro conocido ejemplo relativo a una Corte que no se ha dividido en salas para tratar los casos llevados a su conocimiento, se considera que para tomar una decisión válida adjudicable al cuerpo, basta con el pronunciamiento de un mínimo de 4 jueces, ya que los mismos constituyen la *mayoría* dentro del *quorum* con el que el máximo tribunal puede sesionar (6 de nueve jueces). V. *infra*, cap. tercero, par. II, ap. 2.3).

Italia y Francia) o concediendo poderes a cada magistrado para decidir *monocráticamente* la suerte de ciertos recursos (vg., Supremo Tribunal Federal brasileño¹¹³), naturalmente se reduciría la cantidad de casos a estudiar por cada Ministro, aligerando así el dictado de sentencias. Ello así, por la obvia razón de que con el estudio y voto de uno, dos o tres magistrados (dependiendo del sistema adoptado¹¹⁴), sería posible arribar a un fallo final.

Pero esta aproximación merece reparos igualmente obvios. En primer lugar, debe decirse que la señalada disminución de la carga de trabajo “por juez”, no es la consecuencia del aumento en su número, sino propiamente de la división en salas o del reconocimiento de poderes decisorios unipersonales. Por lo que, en definitiva, pasaríamos a discutir no ya la eficiencia derivada del aumento de número de jueces *per se*, que es a lo que nos referimos en este apartado, sino de la técnica de división en salas (v. lo que diremos sobre el tema, *infra*, capítulo sexto, par. VI, ap. 2.d).

Por otro lado, la escisión en salas de un alto cuerpo de justicia es una solución que, para ser examinada en cuanto a su rendimiento, no puede omitir la indagación relativa al modo en que tal sistema puede afectar la solidez y respeto la doctrina de una Corte Suprema (es decir, la posibilidad de que la separación afecte una de las finalidades más tradicionales de esta clase de órganos, como es la uniformación de los criterios jurisprudenciales frente a las inconsistencias entre los criterios de cada sección). En efecto, dicha télesis, en un tribunal dividido en salas con criterios interpretativos potencialmente discrepantes¹¹⁵, sólo se alcanzaría mediante recursos que habiliten la

¹¹³ Como veremos oportunamente (v. *infra*, cap. tercero, par. VIII, ap. 4.3)- los “jueces relatores” del STF (es decir, los ministros designados para el estudio liminar de la controversia), tienen la potestad de resolver monocráticamente (con su sola firma) el rechazo de un recurso manifiestamente inadmisibles, improcedente o contrario a la jurisprudencia dominante del Tribunal; o el acogimiento del embate dirigido contra un pronunciamiento que se hubiera apartado de dicha línea jurisprudencial. Ello, sin perjuicio de la reconsideración que se puede proponer ante el cuerpo respecto de esta decisión unipersonal.

¹¹⁴ Sólo para dar algunos ejemplos relativos a los diversos esquemas posibles de separación de las salas, en un tribunal de 9 miembros, puede pensarse en 4 salas de dos jueces con desempate de un tercero (vg., el Presidente) o en tres salas de tres magistrados. Y, en este último caso, puede imponerse que en cada expediente intervengan todos los miembros de la sala, o –por el contrario- considerarse suficiente la opinión de dos de ellos si no hay disidencias, haciendo aún más ágil la circulación de los asuntos.

¹¹⁵ Ya haremos oportunamente referencia al impacto que una sobredimensionada jurisprudencia en el ámbito de la Casación produce sobre la consistencia y autoridad de los precedentes, contingencia que, a fin de cuentas, termina generando un círculo vicioso: dado que en los anaqueles del máximo tribunal pueden encontrarse diversas posiciones sobre cada tema, el vencido se ve siempre tentado a probar suerte con su caso, multiplicando así la inflación de recursos a tratar en dicha instancia. Con lo que, en definitiva, la ausencia de autoridad de los precedentes de los tribunales, termina conspirando no sólo contra la seguridad jurídica y el principio de igualdad, sino también contra la tentativa de atenuar la sobrecarga de trabajo que afecta a las cortes supremas.

convocatoria al plenario, lo que haría renacer una nueva instancia recursiva con la consecuente dilación en el arribo a una solución final.

Ya haremos oportunamente referencia al impacto que una sobredimensionada jurisprudencia en el ámbito de la casación produce sobre la consistencia y autoridad de sus precedentes, contingencia que, a fin de cuentas, termina generando un círculo vicioso: dado que los anaqueles del máximo tribunal se encuentran desbordados de decisiones sobre infinidad de temas y hasta pueden encontrarse diversas posiciones sobre un mismo asunto, el vencido se ve siempre tentado a probar suerte en su caso, multiplicándose así –por consecuencia- la inflación de recursos a tratar en dicha instancia. Con lo que, en definitiva, la ausencia de autoridad de los precedentes de los tribunales, termina conspirando no sólo contra la seguridad jurídica y el principio de igualdad, sino también contra la tentativa de atenuar la sobrecarga de trabajo que afecta a las cortes supremas.

Si bien es cierto que los plenarios convocados para subsanar la diferencia de pareceres podrían ser numéricamente más reducidos que los fallos dictados por las salas por separado, quien proponga una solución de tales características debe afrontar un ulterior dilema: si la rapidez que se gana con la división del cuerpo colegiado (acotada en cierta medida –como vimos- por la potencial articulación de impugnaciones frente al pleno) es un razonable precio a pagar por la pérdida de unidad del mismo y el posible impacto que ello tanga en la debilidad de su doctrina (efecto igualmente atemperable a través de la actuación del órgano en conjunto). O si, por el contrario, la unidad aludida (que beneficia la seriedad y amplitud del debate, al mostrarse como el producto del estudio e intercambio de ideas de la totalidad de los miembros de una Corte) debe procurarse aun a costa de cierta dilación en la resolución de cada asunto o del reconocimiento de atribuciones discrecionales para decidir la admisibilidad de los recursos.

Como puede advertirse, nuevamente estamos frente a definiciones que desbordan el interrogante vinculado con la eficiencia de la opción por el mero “aumento del número de jueces” y cuya problemática, por ende, debe ser examinada autónomamente, aun cuando en una eventual propuesta integral de reforma del funcionamiento de los Superiores Tribunales muchas de estas soluciones, conceptualmente independientes, puedan confluir.

c) Volvamos entonces al punto de partida: si no se decide la división de la Corte en salas y, por ende, el cuerpo (o la mayoría de sus miembros) debe abordar la totalidad de los casos admitidos ante sus estrados, ¿resulta provechoso, desde la perspectiva de la eficiencia, la ampliación de sus integrantes?

Es aquí donde entran a jugar las reglas de funcionamiento de cada Tribunal, a las que hemos hecho referencia.

Ya adelantamos como un dato evidente que si todos los miembros del órgano conocen en la totalidad de las causas, es fácil advertir que la incorporación de nuevos magistrados que estudien el caso, sólo podrá tener el efecto inverso a la agilización deseada en el tránsito hacia el fallo definitivo.

Ahora bien, la respuesta es menos obvia cuando, de conformidad con las normas de actividad del cuerpo, *es posible culminar el estudio y circulación de las causas en el momento en que se advierte que el número de Ministros que conforma mayoría, coinciden sustancialmente en la solución del caso y en los fundamentos idóneos para arribar a ella* (como ocurre en nuestro país con la CSJN y con la SCBA)¹¹⁶. Así, por ejemplo, cuando en una Corte de 7 jueces, 4 están de acuerdo en el modo de resolver el litigio y con la sola firma de estos últimos es válido dictar el pronunciamiento respectivo; o cuando en un Tribunal de 9 miembros, 5 llegan a dicha convergencia de opiniones, etc.

En tal supuesto, *una Corte homogénea, es decir, orientada hacia la búsqueda de consenso entre sus miembros y sin disidencias habituales* en su producción sentencial, podría hacer

¹¹⁶ V., por ejemplo, el art. 23 del dec. ley 1285/58 (de organización de la Justicia Nacional), que dispone que “las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso, si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones”.

Caracterizadas voces han postulado la necesidad de revisar esta forma de decidir en el ámbito de la Corte Suprema de la Nación, considerando oportuno que todos los Ministros deban entender en todos los asuntos, modificando así la práctica (validada por dicha norma) que autoriza a los jueces a abstenerse de emitir su voto en un caso determinado cuando hay mayoría suficiente para dictar sentencia. Es de recordar en tal sentido la opinión del Dr. FAYT quien, integrando ese alto cuerpo, se pronunciara explícitamente por la adopción de un modelo de aquel tipo, argumentando que el mismo “ofrecerá a los litigantes la posibilidad de conocer la opinión de todos los jueces en todos los casos que se someten a decisión ... sea compartiendo los fundamentos de alguno de los votos que lo antecedieron, proponiendo alguna modificación o elaborando las objeciones o disidencias a que hubiere lugar según su leal saber y entender. Lo que no debe ocurrir es la abstención de pronunciamiento por parte de alguno o algunos magistrados so pretexto de que, habiéndose alcanzado la mayoría legal para emitir sentencia, ‘prefieren no firmar’ el pronunciamiento a dictarse” (v. voto del Dr. Fayt en la Acordada de la CSN 35/03, del 12 de diciembre de 2003, esp. consid. 7° a 9°).

Es claro que la adopción de un sistema de ese tipo haría palpable el efecto al que hemos aludido en el texto, al hacer referencia a la hipótesis del aumento de número de jueces en órganos en los que todos sus miembros deben intervenir en todas las causas: evidentemente en tal caso la ampliación de los jueces sólo puede redundar en la dilación de la decisión final.

rendir mejores frutos *per capita* a una integración más numerosa. Es decir, que podría hacer disminuir en cierta medida la *carga de tareas de cada uno de sus miembros*, ya que una distribución porcentual equilibrada de las causas arrojaría resultados como el siguiente:

Cuadro I (*Corte de 5 jueces*)

Orden est Juez	1°	2°	3°	4°	5°
A	20 %	20 %	20 %	20 %	20 %
B	20 %	20 %	20 %	20 %	20 %
C	20 %	20 %	20 %	20 %	20 %
D	20 %	20 %	20 %	20 %	20 %
E	20 %	20 %	20 %	20 %	20 %

Cuadro II (*Corte de 7 jueces*)

Orden est Juez	1°	2°	3°	4°	5°	6°	7°
A	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
B	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
C	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
D	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
E	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
F	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
G	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %

Cuadro III (*Corte de 9 jueces*)

Orden Juez	1°	2°	3°	4°	5°	6°	7°	8°	9°
A	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %
B	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %
C	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %
D	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %
E	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %
F	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %
G	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %
H	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %
I	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %	11,1 %

Referencias:

- “Orden est.” (orden de estudio): corresponde a la ubicación de cada uno de los jueces en la grilla de estudio del expediente, posición generalmente coincidente, en las Cortes que se pronuncian mediante voto individual (vg., Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires), con la adoptada posteriormente en la votación (quien estudia primero el caso, se pronuncia en primer término en el acuerdo respectivo, quien lo hace segundo adhiere o discrepa con el anterior, etc., y así sucesivamente). Esto último no ocurre, obviamente, en los casos en que el cuerpo se pronuncia mediante voto conjunto (vg., Corte Suprema de la Nación), hipótesis en las que el orden de estudio no queda reflejado posteriormente en la sentencia.
- “Juez”: Las letras corresponden a cada uno de los jueces que integran la Corte; así, en el primer ejemplo, el tribunal hipotético tiene 5 jueces (A, B, C, D y E).

Veamos cómo incide el esquema precedente en la línea de análisis que venimos formulando.

Hemos anticipado que en un tribunal que normalmente no posee disidencias y que se apoya en la búsqueda de consensos a la hora de dar solución a los casos sometidos ante sus estrados, evitando que las reflexiones personales de cada uno de sus ministros obstaculicen el arribo a la mayoría de opiniones¹¹⁷, *el aumento en el número de integrantes puede permitir cierta descongestión en la carga de trabajo individual de cada uno de ellos*. Ello, repetimos, en la medida en que no sea necesario que todos sus miembros se expidan en todas las causas, sino que –por el contrario- se reconozca la posibilidad de dictar sentencia cuando se arribe a la mayoría necesaria.

Cotejando los cuadros precedentes, puede advertirse que en una Corte de cinco (5) magistrados, se necesitan tres (3) de ellos para formar mayoría. Si la distribución proporcional se mantiene, cada uno de los jueces debería pronunciarse necesariamente

¹¹⁷ En nuestro ordenamiento, no basta que los jueces de los tribunales colegiados coincidan con el *sentido* de la decisión que propician (confirmar, revocar, condenar, absolver, etc.), sino que debe existir una concordancia sustancial respecto de los fundamentos que animan la solución adoptada.

Así lo dispone el art. 23 del dec. ley 1285/58 que -como fuera adelantado- exige para la validez de las sentencias de la Corte Suprema de la Nación, la emisión de los “votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones”.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la exigencia tiene rango constitucional, ya que el art. 168 de la Const. Pcial. impone como condición para que “exista” sentencia, la *mayoría de opiniones respecto de cada una de las cuestiones planteadas*, regla cuyo apartamiento –como será analizado más adelante- es causal del recurso extraordinario de nulidad (conf. art. 161, inc. 3, ap. b), Const. cit.). Sobre esta base, la Suprema Corte ha descalificado pronunciamientos en los que el voto del juez que vendría a articular la mayoría constitucionalmente exigida, sólo porta una concordancia respecto del sentido de la decisión, más no de los fundamentos (v. SCBA, P. 34.778, sent. del 27-II-1987), mientras que –por el contrario- ha validado reiteradamente la fórmula de adhesión de un Juez respecto de otro que se expidió previamente, consistente en “votar en el mismo sentido y por los mismos fundamentos (SCBA, P. 74.719, sent. del 28-VIII-2002; P. 77.065, sent. del 20-VIII-2003; Ac. 95.056, res. del 21-III-2007; Ac 100.610, res. del 22-X-2008; C. 83.506, sent. del 5-VIII-2009, entre otras).

No sucede lo mismo, por ejemplo, en los Estados Unidos, donde es posible que una decisión en un mismo sentido sea motivada en diversas líneas argumentales por parte de la Suprema Corte, hipótesis en la cual la sentencia será válida, aunque carecerá de valor como precedente obligatorio (v. *infra*, capítulo tercero, par. II, ap. 2.3)

en el sesenta por ciento (60 %) de los casos llevados a sus estrados (sumatoria del 20 % asignado en los primeros tres puestos del orden de estudio), ya que el cuarenta por ciento (40 %) restante (correspondiente a los casos en los que le correspondería votar en cuarto y quinto término) no requerirán de su participación, salvo que opte por emitir su opinión en el caso, o que dicha intervención sea necesaria por no existir mayoría en los sufragios precedentes.

Por su parte, en una Corte de siete (7) miembros, se requiere de cuatro (4) de ellos para hacer mayoría. Con lo que, siguiendo el mismo parámetro de asignación proporcional, cada uno de sus integrantes deberá expedirse aproximadamente en un 57% de los casos (sumatoria del 14,58% asignado en las primeras cuatro ubicaciones del orden de estudio).

A su turno, en un Tribunal de nueve (9) miembros, se demandan cinco (5) Ministros para alcanzar la mayoría. En tal hipótesis, de conformidad con las pautas de distribución explicadas, cada uno de ellos deberá expedirse necesariamente en el 55,5% de los asuntos arribados a dicha sede (sumatoria del 11,1% correspondiente a los primeros cinco puestos en el orden de estudio).

Ello permite confirmar que el aumento en el número de integrantes de un Superior Tribunal, aún cuando el mismo no sea dividido en salas, provoca cierta reducción proporcional en la carga de trabajo por Ministro. Dicha disminución, como fuera anticipado, se potencia en una Corte que busca expedirse en general mediante pronunciamientos uniformes, acoplando las opiniones de cada uno de los jueces para arribar a la mayoría de opiniones necesarias, haciendo así innecesario que intervengan en cada caso la totalidad de sus integrantes.

Ahora bien, la *descongestión proporcional de cada vocalía* del alto cuerpo, originada en el aumento de sus miembros, *no indica necesariamente que la medida sea adecuada para la reducción de los tiempos del proceso* en dicha instancia, ya que aún cuando cada juez se expida en menor cantidad de asuntos, lo cierto es que con el incremento de sus componentes se hace necesaria la intervención de un juez más para lograr mayoría, con la consecuente dilación en el dictado de la sentencia definitiva a consecuencia del estudio de la causa por otro magistrado.

Lo expresado permite advertir que *el 'quid' de la cantidad de jueces de la Corte (ampliación o reducción) no debe ser tomado como un aspecto dirimente a la hora de definir instrumentos adecuados para potenciar el más eficaz y eficiente cumplimiento de su rol institucional.*

Al determinar qué número de jueces debe tener un superior tribunal, se ponen en juego múltiples variables además de la eficiencia en el proceso decisorio, como -por ejemplo- que la composición asegure un debate amplio y profundo de las complejas controversias que debieran caracterizar su competencia material (en ello incide no sólo la calidad de sus exponentes, sino la diversidad del cuerpo, que sólo se logra con una integración suficientemente representativa de las diversas visiones del mundo jurídico, incluyendo las valoraciones culturales, sociales, económicas y políticas). Y, en este aspecto, las matemáticas obviamente no nos brindan las herramientas utilizadas previamente para determinar la incidencia cuantitativa de la composición en la carga de trabajo por vocalía.

Lo expresado permite afirmar que, *con independencia de la gravedad que tiene para el sistema democrático y republicano toda modificación en la cantidad de miembros de una corte suprema,* por ser un posible resorte espurio destinado a garantizar una composición acorde con los designios de los poderes políticos de turno (afectando así su prestigio e independencia), *queda además descartada la eficacia de dicha medida para potenciar su eminente rol institucional.* Por lo que, si lo que se desea es permitir que las cortes supremas cumplan razonablemente con sus cometidos fundamentales, evitando que sus integrantes se vean sometidos a un número de causas incompatible con aquella aspiración, el diseño de reforma debe alejarse de la tentación de pensar que una simple modificación del número de los jueces, pueda tener alguna repercusión seria en la eficiencia del sistema.

3) Atribución de competencia decisoria a jueces “monocráticos” en tribunales colegiados.

Íntimamente vinculado con el punto anterior, se encuentra la alternativa de asignar a cada uno de sus jueces el poder de decidir la admisibilidad (o, incluso, en ciertos casos: el mérito) de los recursos decididos ante sus estrados.

Se trata de una variante ampliamente utilizada en Brasil (v. *infra*, cap. tercero, par. VIII, ap. 4.3.c), no sólo en el ámbito de actuación de las cortes supremas (Superior Tribunal de Justicia / Supremo Tribunal Federal), sino también en el de las cámaras de

apelación ordinarias. Desde hace tiempo rige en el vecino país la tendencia a reconocer amplios poderes decisorios monocráticos, eventualmente revisables por el pleno. Así, en los tribunales de alzada ordinaria, las atribuciones del juez “relator” fueron creciendo a partir de la reforma de la ley 9756/98 al art. 557 del CPC, que permite a dicho magistrado monocrático desestimar recursos “manifiestamente inadmisibles, improcedentes, prejuzgados o que se contrapongan con el enunciado o la jurisprudencia dominante del respectivo tribunal, del Supremo Tribunal Federal o de un Tribunal Superior”. También puede el juez relator acoger en el mérito el recurso en la hipótesis opuesta, es decir, cuando sea la sentencia atacada la que se haya apartado de la jurisprudencia del tribunal o de un tribunal superior.

El sistema viene completado mediante la previsión de un “recurso interno”, a través del cual las partes pueden cuestionar ante el colegio la decisión delegada en el judicante individual, aunque siendo pasibles de multa (a favor de la contraparte) si el planteo fuera desestimado por considerárselo manifiestamente inadmisibile o infundado. Dicha forma de reconsideración ante el pleno ha sido valorado como un pilar fundamental para afirmar la constitucionalidad de la previsión adjetiva de marras¹¹⁸.

Al abordar la organización y procedimiento ante el Supremo Tribunal Federal brasileño, ahondaremos en el funcionamiento del instituto en dicha sede (v. *infra*, capítulo tercero, par. VII). Por ahora, basta con advertir que el sistema se funda en las mismas razones que justifican los regímenes de división en salas de los tribunales de alzada: afrontar la sobrecarga de dichos cuerpos con técnicas de “sobre-producción”. Es decir, que ante un ingreso de causas que desborde las posibilidades materiales de respuesta del órgano en pleno, se apuesta a incorporar instrumentos para dictar más fallos, en vez de (o además de) conferir al tribunal superior la potestad de definir su agenda, seleccionando los asuntos a decidir.

Los *pro et contra* de este tipo de diseños, coinciden con los abordados al tratar el tema de la división en salas, por lo que remitimos a lo expresado sobre el punto (v. *supra* ap. 2 e *infra*, capítulo sexto, par. VI, ap. 2.d). A la agilidad en la respuesta final que

¹¹⁸ Por esa razón PELLEGRINI GRINOVER ha criticado el proyecto de CPC en discusión ante el Parlamento brasileño (v. apartado siguiente y capítulo tercero, par. VIII), que reduce la recurribilidad interna de las decisiones de los jueces “relatores”. A juicio de la autora paulista, dicha limitación importa una “violación de las reglas constitucionales sobre la colegialidad de los tribunales” (PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “Efficienza e Garanzie: I Nuovi Istituti Processuali In America Latina”, relato general presentado en las Jornadas *La giustizia civile tra efficienza e garanzie*, Bari, 7 y 8 de octubre de 2011, ap. 5.2).

naturalmente genera la reducción de la cantidad de jueces que estudian el caso y redactan su opinión, se opone el riesgo de decisiones contradictorias entre los distintos jueces relatores y la mayor superficialidad en el nivel de análisis de las causas. Tales debilidades sólo se remedian con recursos de reconsideración destinados a obtener el reexamen del caso por el órgano colegiado, lo que obviamente vuelve a poner en crisis la efectividad del sistema, si dicho camino se transitara demasiado.

4) Tratamiento de casos repetitivos.

Otra alternativa a explorar a la hora de analizar mecanismos de descongestión de los superiores tribunales, es la posibilidad de prever instrumentos eficaces para atenuar la carga de trabajo de dichos cuerpos en casos repetitivos.

Cuando una cuestión jurídica origina una litigiosidad multitudinaria en las diversas instancias de la organización judicial, es frecuente que se generen inconsistencias entre los diversos tribunales de grado, que –como es sabido- encuentran en la intervención de una corte suprema el modo más difundido de ser atenuadas. La clásica función uniformadora de los cuerpos ubicados en el vértice de la jurisdicción, permite a éstos adoptar un criterio definitivo sobre la materia. La trascendencia de la cuestión debatida, por lo general, se advierte fácilmente en estos casos, a raíz de la repercusión general de las cuestiones debatidas y la necesidad de poner fin a la contradicción existente en los órganos inferiores¹¹⁹.

Ahora bien, especialmente cuando la multiplicidad de controversias sobre una misma cuestión es coetánea, el superior tribunal no sólo se ve sometido a la necesidad de fijar su interpretación sobre la materia debatida, sino a utilizar dicho criterio hermenéutico para decidir la totalidad de los asuntos que se encuentran pendientes de resolución, luego del dictado del *leading case* respectivo.

Es decir que, de acuerdo con las reglas vigentes en nuestro ordenamiento adjetivo, la tarea a desempeñar por la Corte no se ciñe exclusivamente al núcleo de su cometido institucional, como es fijar posición sobre temas importantes de derecho, sino

¹¹⁹ Más adelante explicaremos los elementos definitorios de la “trascendencia” en los recursos extraordinarios, como son: i) la pertinencia institucional del caso; y ii) la repercusión general de las cuestiones debatidas (remitimos sobre el punto a lo expresado *infra*, esp. capítulo cuarto, ap. 3.4.g] y h] y capítulo sexto, par. IV, ap. 4.7.g]). Nos basta con señalar que el ejemplo aludido en el texto cumpliría con ambas condiciones, al menos para el caso con el que la Corte Suprema pondría fin al debate jurisprudencial suscitado ante los tribunales inferiores.

además a “administrar” la doctrina legal respectiva una vez sentada. Dicha labor, como bien sabe cualquiera que haya tenido participación en la dinámica de funcionamiento de un tribunal de última instancia, importa desplegar un análisis profundo en cada caso concreto, para verificar si, según las particularidades del mismo, fuera posible aplicar el precedente raíz para solucionarlo o si, por el contrario, debieran trazarse distingos que modulen progresivamente el alcance de la jurisprudencia original.

Dicha forma de abordaje de la conflictividad masiva termina ocupando una parte significativa de los recursos humanos y materiales de las cortes supremas, con el consecuente obstáculo para el adecuado cumplimiento de sus funciones institucionales más relevantes. Los casos son sometidos a un análisis seriado de sistematización, clasificación y resolución, usualmente caracterizado por una fuerte delegación, de modo de permitir que los asuntos sean resueltos en un tiempo aproximado a lo razonable, sin que esta última aspiración pueda de todos modos ser satisfecha.

Los ejemplos se multiplican en la experiencia de nuestros máximos tribunales. Así, para acudir a paradigmas de cercano recuerdo, puede traerse a la memoria la profusa litigiosidad ocasionada por la emergencia económico-financiera desatada en el país a fines de 2001, que motivara la resolución de miles de impugnaciones en las que las partes debatían la aplicabilidad o constitucionalidad de la citada normativa de emergencia. La palabra de la Corte puso fin a múltiples impugnaciones, que muchas veces desbordaban la necesidad (típica de su misión institucional) de tomar partido sobre los diversos problemas de interpretación y validez constitucional de la citada normativa. Numerosos asuntos eran examinados por la Corte no ya para sentar precedentes significativos en torno a los alcances y legitimidad supralegal de la legislación de emergencia, sino para verificar si tales criterios habían sido adecuadamente aplicados por los tribunales de grado o si, por ejemplo, determinados óbices procesales modulaban el empleo de dicha jurisprudencia en un caso concreto. El estudio de las particulares circunstancias de cada causa, importó en dicho contexto un profundo esfuerzo material y humano, teniendo presente que medidas como la novación legal objetiva (o “pesificación”) de las obligaciones o las restricciones al sistema financiero incidieron de modo radical sobre aspectos sustanciales de la casi totalidad de los contratos vigentes a ese momento, generando uno de los períodos de inseguridad jurídica más notables que reconoce la historia argentina.

También puede acudirse al ejemplo de las numerosas causas previsionales articuladas en torno a la omisión de actualizar suficientemente las remuneraciones de los pasivos, en violación a la regla de proporcionalidad impuesta por el art. 14 bis de la Constitución Nacional. El dictado del conocido precedente “Badaro”, en el que la Corte declaró inicialmente la inconstitucionalidad de dicha omisión¹²⁰ y, con posterioridad (ante el incumplimiento de la exhortación a sancionar una ley que remedie razonablemente ese vacío), determinó positivamente el modo en que los haberes previsionales debían ser actualizados¹²¹, aportó algo de claridad respecto del límite mínimo que las autoridades no podían desconocer sin afectar el principio de movilidad consagrado en el art. 14 bis. Ahora bien, la aplicación de dichos estándares en cada uno de los múltiples casos en los que se presentaba una problemática masiva como esa, demandó (y demanda) el estudio pormenorizado los antecedentes de cada litigio, para verificar si es posible a su respecto aplicar lisa y llanamente el “índice Badaro” o si se dan en el caso particularidades que deben llevar a una solución diversa¹²².

Cierto es que una vez que ese trabajo de sistematización concluye, la sentencia que le pone fin a esa serie homogénea de asuntos iterativos usualmente termina con una remisión a las consideraciones formuladas *in extenso* en el caso testigo. Sin embargo, el rigor en la redacción de la pieza sentencial es la única parcela del proceso decisorio que, en nuestro esquema adjetivo, se atenúa en estos casos. Los restantes pasos del itinerario sentencial (especialmente el estudio del caso, que, pese a ser “invisible” para el litigante,

¹²⁰ CSN, “Fallos” 329:3089 (2006).

¹²¹ CSN, “Fallos” 330:4866 (2007). Cabe advertir que, además de determinarse dicho método de actualización (con alcances para el caso concreto, como quedó aclarado en el consid. 23º), la Corte reiteró su exhortación al Poder Legislativo: “esta Corte considera que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional. Una reglamentación prudente de la garantía en cuestión, además de facilitar el debate anual sobre la distribución de recursos y evitar el uso de facultades discrecionales, permitiría reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables y del adecuado funcionamiento del Poder Judicial (Fallos: 328:566 “Itzcovich”), por lo que se formula una nueva exhortación a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática” (*id.*, consid. 24º).

¹²² Para mencionar sólo un ejemplo de los tantos supuestos en los que tales peculiaridades impiden dar solución automática al caso mediante un formulario que remita a lo resuelto en la causa “Badaro”, puede citarse el caso de las liquidaciones consentidas que arrojaran un resultado diverso al señalado por la Corte en dicho precedente. En tales hipótesis, el principio de preclusión y cosa juzgada impiden resolver mecánicamente y demandan un ejercicio casi obvio de distinción (v. en tal sentido: CSN, “Fallos” 332:1304 [2009], en el que el alto cuerpo dejó sin efecto una sentencia que había aplicado el índice de actualización del citado *leading case*, sin advertir que con dicha forma de resolver beneficiaba la posición procesal del actor, que no había apelado la sentencia).

consume buena parte de los recursos humanos y materiales del alto cuerpo), permanecen incólumes.

Un modo de paliar los nocivos efectos que ocasiona la acumulación de múltiples pleitos coetáneos sobre una misma problemática jurídica, es el diseño de abordajes especiales para las controversias repetitivas. En el ámbito de los superiores tribunales, el objetivo a cumplir por una aproximación de este tipo, sería el de reducir la congestión que produce la litigiosidad masiva sobre temas análogos, preservando –en paralelo- el contralor de la Corte sobre el respeto que los tribunales inferiores deben a sus precedentes.

El *Código de Processo Civil* brasileño presenta un interesante modelo para enfrentar este dilema, luego de la reforma introducida por la ley 11.672/08 de 2008 (art. 543-C del CPC¹²³). A través del mismo se procura, por un lado, dotar de economía y celeridad a la resolución de esta clase de conflictos y, por el otro, brindar un tratamiento igualitario a los ciudadanos afectados por esta variante masiva de litigios que no hayan

¹²³ Transcribimos a continuación el citado precepto:

Art. 543-C, CPC (Brasil): “Cuando hubiera multiplicidad de recursos con fundamento en idéntica cuestión de derecho, el recurso especial será tramitado en los términos de este artículo.

§ 1° Corresponderá al Presidente del tribunal de origen admitir uno o más recursos representativos de la controversia, los cuales serán remitidos al Superior Tribunal de Justicia, dejando suspendidos los demás recursos especiales hasta el pronunciamiento definitivo del Superior Tribunal de Justicia.

§ 2° No adoptada la providencia descrita en el § 1° de este artículo, el relator en el Superior Tribunal de Justicia, al advertir que sobre la controversia ya existe jurisprudencia dominante o que la materia ya está afectada al tribunal, podrá determinar la suspensión, en los tribunales de segunda instancia, de los recursos en los cuales la controversia esté planteada

§ 3° El relator podrá solicitar informes, que deben ser respondidos en el plazo de quince días, a los tribunales federales o estatales respecto de la controversia.

§ 4° El relator, conforme lo disponga el reglamento interno del Superior Tribunal de Justicia y teniendo en cuenta la relevancia de la materia, podrá admitir la intervención de personas, órganos o entidades interesadas en la controversia

§ 5° Recibidos los informes y, si fuera el caso, luego de cumplido lo dispuesto en el § 4° de este artículo, conferirá vista al Ministerio Público por el plazo de quince días

§ 6° Transcurrido el plazo conferido al Ministerio Público y remitida copia de la opinión del relator a los demás Ministros, el proceso será incluido entre los temas a considerar por la sección o por la Corte Especial, debiendo ser juzgado con preferencia sobre los demás asuntos, excepto los que involucren imputados presos o pedidos de *habeas corpus*.

§ 7° Publicada la sentencia del Superior Tribunal de Justicia, los recursos especiales suspendidos en origen:

I – no proseguirán su trámite en la hipótesis que la sentencia recurrida coincida con la orientación del Superior Tribunal de Justicia; o

II - serán nuevamente examinados por el tribunal del origen en la hipótesis que la sentencia recurrida se hubiera apartado de la orientación del Superior Tribunal de Justicia.

§ 8° en la hipótesis prevista en el inciso II del § 7° de este artículo, confirmada la decisión divergente por el tribunal del origen, se examinará la admisibilidad del recurso especial.

§ 9° El Superior Tribunal de Justicia y los tribunales de segunda instancia reglamentarán, en el ámbito de sus competencias, los procedimientos relativos al trámite y juzgamiento del recurso especial en los casos previstos en este artículo” (traducción propia).

encontrado en las acciones colectivas¹²⁴ la vía de tutela adecuada, disparando una litigiosidad masiva sobre un tema homogéneo.

Al día de hoy, el régimen impera en el ámbito recursivo, imponiendo a los Presidentes de los tribunales inferiores (o, en su defecto, al Ministro Relator del Superior Tribunal de Justicia¹²⁵) que, en caso de pluralidad de impugnaciones deducidas por una misma cuestión de derecho, sean seleccionados uno o más “casos testigo” (representativos de dicha problemática homogénea), suspendiéndose el trámite de los restantes. Si en tales casos, escogidos como paradigmas, el STJ confirmara el criterio sentado por el *a quo*, los restantes embates serán declarados inadmisibles. Mientras que, en caso de revocación del parecer del inferior, los recursos suspendidos volverán a la instancia de origen para ser nuevamente resueltos según la hermenéutica sostenida por el *ad quem*.

El proyecto de reformas del CPC brasileño, actualmente en trámite parlamentario¹²⁶, mantiene el instituto de marras, ampliando sus horizontes, al permitir la suspensión de todas las acciones pendientes de resolución en cualquier instancia (es decir, sea que las causas estén esperando ser juzgadas en 1º instancia o ante cualquier tribunal superior).

¹²⁴ No es ocioso recordar que que Brasil posee desde hace años uno de los más reconocidos sistemas de enjuiciamiento grupal de derecho. Las ‘*ações coletivas*’ brasileñas, en efecto, se han transformado en un modelo a tener especialmente en cuenta en los países del *civil law*, siendo fuente –por otra parte– del Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (de cuya elaboración han participado autores de la talla de Ada PELLEGRINI GRINOVER, Kazúo WATANABE, Antonio GIDI y Aluisio Gonçalves de Castro MENDES) [hemos concretado un estudio comparativo de ambos sistemas –el de las acciones acciones colectivas brasileñas y el del Código Modelo iberoamericano–, en GIANNINI, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Platense, 2007, pp. 120-123 y 167-192, tema que obviamente desborda el cometido de esta investigación, por lo que remitimos a esa obra, así como a la doctrina que en ella se cita para un abordaje comprensivo de la temática de los procesos colectivos en el vecino país).

¹²⁵ Es de señalar que, en el ámbito de acción del órgano máximo de la jurisdicción constitucional brasileña (el Supremo Tribunal Federal [STF]), rige un mecanismo similar al explicado en el texto, aunque sólo permite al día de hoy suspender el tratamiento de los casos homogéneos, hasta que se decida la “repercusión general” de la problemática debatida, en el caso seleccionado o testigo (art. 543-B, CPC). El régimen fue introducido por la ley 11.418/06 y se distingue del establecido para el recurso especial (ante el STJ), por la circunstancia de ceñir sus alcances a la definición sobre la admisibilidad de los recursos, más que a su procedencia fondal (v. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação recisória*, 2º ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 304-310).

¹²⁶ Brasil transita por una fase avanzada en el proceso de reforma del *Código de Processo Civil* de 1973. El proyecto aludido en el texto fue elaborado por una Comisión de Juristas instituida en 2009, presidida por Luiz FUX (Ministro del STJ) y que cuenta con integrantes de la talla de Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER (Relatora General). Actualmente la propuesta se encuentra en tratamiento ante el parlamento brasileño, luego de haber superado exitosamente las fases de debate, para las cuales se convocaron diversas audiencias públicas. En el mes de junio de 2010 el proyecto alcanzó media sanción en el Senado.

Asimismo, siguiendo lineamientos del derecho alemán, se crea el *incidente de resolución de demandas repetitivas*, que permite identificar un grupo de contiendas pendientes de resolución en primera instancia, que versen sobre la misma cuestión de derecho, para ser resueltas conjuntamente. Es condición de admisibilidad de este incidente, la individualización en primera instancia, de un conflicto capaz de generar una multiplicación excesiva de demandas con potenciales sentencias contradictorias. El planteo se articulará ante el tribunal local en pleno o ante un órgano especial, donde existiera, estando legitimados para concretarlo: las partes, el juez, el Ministerio Público o la Defensoría Pública. Debe ser resuelto en 6 meses, teniendo prioridad de trámite frente a la casi totalidad de los casos pendientes.

El mecanismo analizado constituye un instrumento más tendiente a afrontar la sobrecarga de los superiores tribunales, aunque su utilidad se limita fundamentalmente a las hipótesis de conflictividad masiva, homogénea y coetánea, que no haya sido encarrilada a través de uno o más procesos colectivos.

Para estos casos, el dispositivo en cuestión se muestra como un complemento adecuado de los mecanismos de selección de causas que constituyen el núcleo de esta investigación. Cuando las cuestiones jurídicas repetitivas y multitudinarias se agolpan ante la justicia en un breve lapso temporal, no suele darse tiempo suficiente a los tribunales ubicados en el vértice de la jurisdicción, para que adopten una definición que sirva para evitar inconsistencias jurisprudenciales y tratamientos dispares hacia los justiciables. Es por ello que ni aun los filtros que estudiaremos en esta obra (vg., rechazo o acogimiento de recursos extraordinarios vía ‘certiorari’, por haber sido resuelto el tema en casos análogos) servirán para despejar adecuadamente la agenda de los superiores tribunales en estas hipótesis (remitimos a lo expresado en el capítulo VI, par. VI, ap. 2], al justificar la necesidad de incorporar mecanismos de solución de casos repetitivos, como complemento a los instrumentos de selección de causas vigentes en nuestro país).

5) Fortalecimiento de la jurisprudencia de los superiores tribunales.

a) Sabido es que cuanto mayor prestigio poseen los precedentes de las cortes supremas, mejor es el impacto que los mismos poseen frente a los justiciables y la ciudadanía en general. Éstos resultan, en efecto, los principales beneficiarios de la

fortaleza institucional de la jurisprudencia de los superiores tribunales, en atención a la seguridad jurídica, igualdad y celeridad procesal que tal fenómeno produce en la comunidad.

En Argentina, el valor de la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los Superiores Tribunales de Provincia (vg., en lo que hace a esta investigación: la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires), es un tema ampliamente discutido.

En somera síntesis (ya que no es éste el tema a desarrollar en la presente obra), puede afirmarse que no existe en nuestro medio una imposición explícita que asigne carácter vinculante a tales precedentes. Sin perjuicio de ello, los citados cuerpos jurisdiccionales se han pronunciado en más de una oportunidad señalando que los tribunales inferiores no pueden apartarse de la interpretación dada por aquéllos, sin dar motivos adecuados para proceder de ese modo.

Se trata, en definitiva, de una variante de vinculatoriedad atenuada, sólo pasible de ser puesta en efecto a través de la interposición de un recurso contra la corte misma, cuando sus precedentes han sido desconocidos. Sistema que, obvio es decirlo, poca eficacia posee para garantizar la celeridad en la resolución de los casos y para disminuir la sobrecarga en la agenda del superior tribunal.

En nuestro medio, como luego veremos con más detenimiento (v. especialmente *infra* capítulo sexto, par. V, ap. 3.2.d]), la función uniformadora de los superiores tribunales no sólo se manifiesta a través de la producción de una jurisprudencia relevante sobre tópicos jurídicos complejos o controvertidos. Por el contrario, una vez sentada dicha hermenéutica fundamental para la resolución de casos análogos, los más elevados cuerpos de justicia se ven sometidos a una tarea adicional: la de controlar, caso por caso, el respeto que los tribunales de grado le brindan a su doctrina.

Entendemos que, en esta última modalidad uniformadora, la actuación de la Corte se enfoca primordialmente en el *ius litigatoris*, dado que dicha función de inspección casuística del acatamiento a una doctrina legal ya sentada, interesa fundamentalmente a las partes en conflicto y no tanto a la comunidad, que ya tiene su guía de conducta en el *leading case* infringido. Por ello, la custodia de la obediencia dada en cada caso a la jurisprudencia de las cortes supremas, carece de la trascendencia que posee la tarea de fijar líneas de interpretación paradigmáticas sobre tópicos que -actual o

potencialmente- puedan suscitar posiciones incoherentes en el seno de los tribunales inferiores (v. *infra, ibídem*).

Es por ello que sostenemos que el fortalecimiento de la jurisprudencia de las cortes supremas, sea por imposición legal expresa o por el más difícil e interesante camino de la persuasión, constituye un resorte imprescindible para completar todo ideario de reforma tendiente a lidiar con la sobrecarga de dichos cuerpos jurisdiccionales.

b) Cabe cerrar estas reflexiones tocando un aspecto aledaño al que nos refiriéramos en el presente apartado. Nos referimos a la importancia de la fortaleza institucional de los superiores tribunales no ya en los términos generales hasta aquí mencionados, sino específicamente en lo concerniente a la recepción del ‘certiorari’ en nuestra cultura forense.

En términos de *aceptación política*, el ‘certiorari’ demanda confianza de la comunidad en la Corte que lo aplica, ya que sólo un Tribunal que haya cimentado su prestigio quedará exento de la antipatía que genera un instrumento por el que una autoridad pública de dicha magnitud es colocada en la posición de decidir el contenido de su trabajo sin explicitar los motivos de la selección.

Con acierto enfatiza GELLI el riesgo que la utilización del instituto examinado tiene en una Corte que no goce de crédito público: si ella cuenta con el respeto y de la alta valoración moral de los ciudadanos, podrá ejercer su poder discrecional con independencia de los otros Poderes del Estado. “Si en cambio [...] es débil, en términos de percepción social y está cercada por la acción político partidaria, el certiorari la debilitará aún más. En efecto, al no estar obligada a fundar el rechazo del recurso la escueta fórmula recibirá, en general, poca atención por parte de la opinión pública y, así, la presión política será menos visible pero más contundente”¹²⁷.

Por nuestra parte, pensamos que la conclusión inicial de la autora es acertada (la herramienta del ‘certiorari’ colocada en un cuerpo jurisdiccional desprestigiado acelerará dicha debilidad), aunque por un fundamento distinto al expresado al cerrar la transcripción precedente. Entendemos que al no fundar la desestimación de un recurso, una Corte desacreditada en realidad se priva de exhibir las razones que podrían justificar

¹²⁷ GELLI, María Angélica, “El writ of certiorari en perspectiva”, LL 1994-B-880 (esp. p 890).

su decisión y que bien podrían hacer caer la presunción de inecuanidad derivada del disfavor público.

Por lo que, en términos políticos (ya nos hemos referido al problema jurídico constitucional de la motivación en este ámbito), una Corte prestigiosa gozará de mayor libertad en la tarea de selección de las causas a resolver, ya que la opinión pública no le estará demandando permanentemente que rinda cuentas sobre su obrar en tal sentido. Mientras que, en el otro extremo, el tribunal débil necesariamente deberá acudir a la fundamentación como estrategia para paliar su descrédito y demostrar el ejercicio probo de su misión jurisdiccional en el caso concreto.

CAPÍTULO TERCERO

“La selección ‘discrecional’ de casos por los superiores tribunales en el derecho comparado”.

I. INTRODUCCIÓN.

Dedicaremos este capítulo al estudio de los sistemas de selección vigentes en el derecho comparado, que permiten a los tribunales supremos de diversas latitudes escoger cualitativa o discrecionalmente, las causas que merecerán un pronunciamiento de mérito.

A consecuencia de la explícita influencia del ‘writ of certiorari’ norteamericano en la época de instalación de la herramienta examinada en nuestro país (ley 23.774 [1990]), el interés de la doctrina nacional en los modelos de filtro existentes fronteras afuera, se inclinó casi exclusivamente en el régimen del país del norte. Hasta ese momento, la apelación al modelo estadounidense era explicable frente a la abierta influencia del diseño constitucional de ese país en nuestra organización institucional y, en particular, en la competencia y funciones de nuestro máximo tribunal federal.

Sin embargo, más adelante, cuando el ‘certiorari’ se abrió paso en la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis, ley 5827), cuya Suprema Corte se ha visto fuertemente influenciada por modelos casacionales del estilo continental europeo (Francia, España, Italia), el foco de los estudios comparativos curiosamente no se alteró. Ello así, pese a que, en la actualidad, numerosos países de diversas tradiciones jurídicas han introducido dispositivos para regular cualitativamente la agenda de los tribunales cimeros.

Siendo entonces que nuestra organización institucional y judicial, tanto en la órbita federal como en el derecho público provincial, resulta tributaria de diversos sistemas, combinando influencias del *civil law* y del *common law*, la concentración de los estudios comparatísticos en el régimen norteamericano constituye un reduccionismo que pretendemos revertir.

Obvio es señalar que esta advertencia previa no importa afirmar que el diseño estadounidense sea irrelevante en la materia. Por el contrario, tanto por la referida influencia que ha tenido en nuestro legislador al momento de diseñar la herramienta, como por la extensa tradición que los EEUU exhiben en esta materia, el análisis de este

modelo resulta un pilar fundamental de toda investigación comparativa. Por él comenzaremos, avanzando con posterioridad, sucesivamente, sobre diversos regímenes que cuentan con instrumentos de “filtro” en la cúspide de la organización jurisdiccional.

Los sistemas –como se verá- exhiben variantes significativas que impiden abordar su caracterización de modo uniforme. Sin embargo, la existencia de estos mecanismos de selección en cortes supremas de distintas regiones y pertenecientes a culturas jurídicas diferentes, permite afirmar que tales instrumentos se muestran cada vez más como una solución consolidada en el derecho comparado para remediar los problemas de sobrecarga de tribunales que, por su posición institucional, quedan muchas veces sometidos a supervisar una porción sustancial de la producción sentencial de un país.

Como aclaración final, antes de comenzar con el análisis específico de los modelos escogidos, cabe señalar que los regímenes que han tenido una fuerte influencia en la organización, competencia y funciones de nuestros tribunales superiores (especialmente: la Corte Suprema de la Nación y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires), merecerán una atención especial. En estos supuestos (por ej., el ‘writ of certiorari’ norteamericano o los filtros vigentes en los regímenes de casación español, italiano y francés), no sólo será explicado el modo en que el instrumento de selección está regulado, sino que se procurará insertar al mismo dentro de la historia y funcionamiento del tribunal supremo respectivo.

Conocemos las limitaciones que tareas como la presente poseen, al no poder –obviamente- analizar o hacer explícita la totalidad de las peculiaridades de sistemas jurídicos complejos y mutables como aquellos en los que se insertan los mecanismos de selección de causas que estudiaremos. Sabemos que muchas veces, como señalan GARAPON y PAPADOPOULOS, “intentar descifrar una cultura judicial en sí expone a la apología o a la caricatura ...”¹²⁸. Sin embargo, al aportar elementos de juicio que van más allá de la mera reseña de dispositivos legales y fuentes jurisprudenciales comparadas, procuramos evitar que los filtros examinados sean vistos como engranajes autónomos, emancipados de los orígenes y tradición institucional de cada corte

¹²⁸ GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Chile, 1ª edición, 2006, p. 6.

suprema. Sólo de este modo podremos extraer de su experiencia, premisas más valiosas que la enunciación de textos normativos idóneos para transplantar o imitar.

Con esta intención, comenzamos el análisis de los sistemas más interesantes de selección de causas, vigentes ante los tribunales supremos en el derecho comparado.

II. EL 'WRIT OF CERTIORARI' EN LOS EEUU.

1) Introducción.

Daremos inicio a esta labor, examinando el sistema de selección discrecional más conocido en el derecho comparado, instrumento de dilatada tradición en los Estados Unidos, que –como veremos- ha constituido la fuente primordial en la que recalara el legislador federal argentino al reformar el art. 280 del CPCN en 1990: el *writ of certiorari*.

El análisis de la historia, organización y funcionamiento de la Suprema Corte norteamericana constituye un tópico siempre relevante, dada la notable influencia que desde sus orígenes ha tenido la organización institucional de los EEUU en nuestro medio, no sólo desde una perspectiva general basada en la evidente similitud de la Constitución de Filadelfia (1778 y sus enmiendas posteriores) y la argentina (1853-1860)¹²⁹, sino especialmente en lo relativo a la delimitación de los rasgos centrales y misiones institucionales del órgano jurisdiccional colocado en el vértice del sistema judicial.

¹²⁹ En reiteradas oportunidades se ha puesto de manifiesto el predominio del modelo constitucional norteamericano entre las fuentes tenidas en cuenta por el constituyente argentino, al momento de la organización institucional de nuestro país. Dicha influencia fue exhibida abiertamente por los escultores de la Ley Suprema de 1853 y destacada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia vernácula, que ha considerado a las fuentes norteamericanas (y especialmente a los criterios sentados por la Suprema Corte de dicho país), como una guía fundamental para la interpretación de nuestro texto supralegal. Recuérdese, en tal sentido, que desde los primeros tomos jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación se hace una encendida apelación a la influencia del sistema constitucional norteamericano en nuestro diseño federal, por encima de las instituciones hispánicas coloniales: “Nada induce a creer que los autores de la Constitución hayan tenido presente, en lo relativo a la jurisdicción federal, la legislación española; es evidente que sólo pensaron en imitar la Constitución de los Estados Unidos, en esa parte como en otras muchas (CSN, “Fallos” 2:36, “Gómez” [1865]).

Si bien no es este el lugar para profundizar en tales aspectos generales de la historia constitucional argentina, cabe tener presente que la reforma de 1994, por el contrario, exhibe una tendencia diversa del constituyente vernáculo, en el sentido de valerse de instituciones provenientes de otras tradiciones (vg, la introducción del Consejo de la Magistratura, la doble vuelta o “ballotage” en la elección presidencial, etc.), para el diseño de las propias.

Destacados estudios comparatísticos, tanto en la doctrina nacional¹³⁰ como en el exterior¹³¹, han prestado atención a la estructura y competencia de la Suprema Corte norteamericana, tendencia que –por sí misma– evidencia la importancia del modelo en cuestión como pauta de referencia en la materia.

El interés brindado al modelo del *writ of certiorari* lo ha posicionado, en muchas oportunidades, como una “vara” en la que se miden los diferentes “filtros” o “mecanismos de selección” sucesivamente consagrados en diversas latitudes y en distintas tradiciones jurídicas. Ello así, teniendo presente la considerable trayectoria del modelo estadounidense, así como su difusión en la literatura especializada, el amplio margen de discrecionalidad que el mismo confiere a la Suprema Corte y los rigurosos resultados que, en la práctica, produce su utilización respecto de la carga de trabajo de dicho cuerpo. Cualidades, varias de ellas, que contrastan con las vigentes en otros sistemas (a los que dedicaremos nuestra atención más adelante). Por ello, el esquema norteamericano ha sido tomado como reiterado parámetro comparativo, incluso en la decisión de política judicial de cada país, relativa al funcionamiento y rol institucional que se pretende para su máximo tribunal.

Un aspecto al que no suele darse relevancia cuando se indaga en el régimen del ‘certiorari’ estadounidense, es la presencia de esta clase de mecanismos no sólo en el ámbito de la Suprema Corte federal, sino también en el de los superiores tribunales estatales. Siendo que esta investigación, en lo concierne al derecho nacional, no se limita al estudio del sistema de selección de casos vigente en el régimen federal (es decir, el art. 280 del CPCN) sino que también abarca el examen de dicha atribución en

¹³⁰ V. especialmente, el meditado estudio comparatístico de BIANCHI, Alberto, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Ábaco, Buenos Aires, pássim; v. asimismo, TAWIL, Guido S., “La Suprema Corte de los Estados Unidos y su competencia en grado de apelación”, *LL* 1989-C-1208; MORELO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, ob. cit. pp. 446-469; BERMEJO, Patricia, “Writ of certiorari, su práctica en los Estados Unidos”, *JA* 1990-IV-834.

¹³¹ V., entre otros, BARSOTTI, Vittoria, *L’ arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999, esp. cap. III, pp. 61-131 y VII, pp.287-329; TIRIO, Fabio, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema. Principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000, pássim; DANTAS, Bruno, *Repercussão geral. Perspectivas histórica dogmática e de direito comparado*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pp. 90-107; AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “El ‘certiorari’. Ejercicio de la jurisdicción de apelación por el tribunal supremo de los Estados Unidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, n° 41, mayo-agosto de 1994, pp. 89-136; PINTO, Valentina Mello Ferreira, “A comparison between the writ of certiorari in the United States and the extraordinary appeal’s general repercussion requisite in Brazil”, en *Revista de Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, n° 187, 2010, pp. 113 y ss.; OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz, “Reforming the Brazilian Supreme Federal Court: a comparative approach”, en *Washington University Global Studies* [5 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 99], 2006; LERAT, Christian, *La Cour Suprême des Etats-Unis: pouvoirs et évolution historique*, Presses universitaires de Bordeaux, Talence, 5° ed., 1991.

la casación de la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis, ley 5827), resulta interesante, en este capítulo, hacer referencia a dichas experiencias locales del derecho norteamericano.

2) La Suprema Corte de los Estados Unidos. Competencia, funciones, organización y estructura.

2.1) Funciones.

Pese a las divergencias acentuadas de opinión que exhiben los cuantiosos escritos consagrados al estudio del rol de la Suprema Corte norteamericana en el sistema político-institucional de ese país, existe cierta uniformidad respecto de los aspectos centrales que incumben a su misión como última instancia jurisdiccional del país¹³². En otras palabras, en la extensa literatura dedicada a dicho alto cuerpo, se advierte un aceptable consenso en torno a sus *funciones* más eminentes, por más que se verifiquen profundas desaveniencias acerca del modo en que aquéllas han sido desempeñadas en los distintos períodos de su significativa historia, e incluso en la actualidad.

El primer cometido institucional del máximo tribunal es constituir el más calificado intérprete de la Constitución federal, rol que se remonta a los orígenes de su actuación en la cima del sistema de justicia de ese país, especialmente luego de la inauguración del sistema del *judicial review* a partir del conocido *leading case* “Marbury vs. Madison”.

Una segunda función, asociada con la anterior, es la preservación de la supremacía de la normativa federal (legal y suprallegal), frente a la legislación estadual. La Corte se muestra en este punto como el árbitro final de los conflictos (consustanciales a la estructura federativa del estado) entre las autoridades del gobierno nacional y de los gobiernos locales.

En tercer lugar, el cimero cuerpo lleva adelante una misión que podría denominarse “casatoria” de la legislación federal, ya que, a través del ejercicio de su competencia apelada, determina en última instancia la *correcta interpretación* (nomofilaxis) de dicho *corpus* normativo. En términos generales, al igual que lo que ocurre en la Argentina (cuya Corte Suprema -como es por demás sabido- ha sido modelada sobre la base del esquema norteamericano), el máximo tribunal estadounidense centra su campo

¹³² V. CHEMERINSKY, Erwin, *Federal jurisdiction*, ob. cit., p. 570.

de acción en la hermenéutica del derecho federal, siendo ajena a sus funciones la interpretación de la legislación estadual (procesal, civil, comercial, laboral, penal, etc.¹³³).

De todos modos, teniendo presentes los parámetros mediante los cuales –como luego veremos- la Corte define discrecionalmente la puesta en marcha de su jurisdicción recursiva, el aspecto más relevante de esta parcela de sus potestades se concentra más bien en la *uniformación* del derecho federal. Ello así, dado que uno de los supuestos de actuación más usuales del instituto del *writ of certiorari*, resulta precisamente el de la existencia de criterios inconsistentes por parte de los tribunales inferiores (sean estaduais o federales) acerca del sentido y alcance de este tipo de normas (v. *infra*, ap. 3.2)). Por lo que, de no existir dicha contradicción en las instancias ordinarias, la mera articulación de una denuncia de errónea interpretación o aplicación de preceptos de índole federal, no alcanza para demostrar, *per se*, la presencia de un caso relevante para traspasar las puertas del alto tribunal.

2.2) *Competencia.*

La competencia de la justicia federal en los EEUU y, especialmente, de la Suprema Corte de Justicia, tienen su fuente primaria en la Constitución, al igual que lo que ocurre en la Argentina. Así, de acuerdo con el art. III de aquélla, quedan establecidas las siguientes reglas en la materia:

“Sección 1. El Poder Judicial de los estados Unidos será conferido a una suprema Corte, y a tantas Cortes inferiores como el Congreso periódicamente ordene y establezca. Los Jueces tanto de la suprema Corte como de las Cortes inferiores, permanecerán en su oficio mientras dure su buena conducta, y deberán, en los períodos determinados, recibir por sus servicios una compensación, que no será disminuida mientras permanezcan en funciones

“Sección 2. El Poder judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, relativos a esta Constitución, las Leyes de los Estados Unidos, y Tratados celebrados, o a celebrarse, bajo su autoridad; -

¹³³ Las conocidas diferencias entre el régimen federal argentino y el de los EEUU, relativas a la distribución, entre el gobierno nacional (federal) y provincial (estadual), de las potestades de legislar en materia de *derecho común* (civil, comercial, laboral, penal), no tienen impacto significativo en el ámbito de la actuación de la justicia federal y, especialmente, de la Corte Suprema de ambos países, que es sustancialmente coincidente. En efecto, pese a que en la Argentina, a diferencia de los Estados Unidos, la sanción de tales normas sustantivas corresponde al Congreso Nacional, su interpretación está excluida de la competencia de la Corte Suprema de la Nación, por imperativo constitucional (arts. 75, inc. 12 y 116, Const. Nac.) y legal (arts. 14 y 15, ley 48). Por lo que, en lo sustancial, ambos cuerpos jurisdiccionales conocen exclusivamente en cuestiones de índole federal, siendo ajena a su campo de acción la exégesis de disposiciones que carecen de dicha naturaleza.

a todos los casos que afecten a Embajadores, otros Ministros públicos y Cónsules; - a todos los casos de almirantazgo y Jurisdicción marítima; - a controversias en las que los Estados Unidos sea parte; a controversias entre dos o más Estados; entre un Estado y Ciudadanos de otro Estado; - entre Ciudadanos de diferentes Estados; - entre Ciudadanos del mismo Estado pretendiendo tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados, y entre un Estado o sus Ciudadanos, y Estados, Ciudadanos o Sujetos extranjeros.

En todos los casos que afecten a Embajadores, otros Ministros públicos y Cónsules, y en aquellos en los que un Estado sea Parte, la suprema Corte tendrá Jurisdicción originaria. En todos los demás casos antes mencionados, la suprema Corte tendrá Jurisdicción apelada, tanto en cuanto al Derecho como a los Hechos, según las Excepciones y de acuerdo con las Reglamentaciones que el Congreso efectúe”¹³⁴.

De este modo, a semejanza de lo que sucede en nuestro ámbito, la Suprema Corte tiene constitucionalmente asignada una competencia *originaria* para las controversias especiales allí enunciadas, y una *apelada* en la que potencialmente podría ingresar cualquiera de las materias que corresponden al conocimiento de la justicia federal.

a) Competencia originaria.

Respecto de la primera, si bien su desarrollo no resulta materia principal de esta investigación, cabe destacar un aspecto interesante relativo a la *discrecionalidad* con la que la Corte puede administrar su agenda de casos propios de su *competencia originaria*.

En efecto, las potestades de selección de la Suprema Corte no se reducen en los EEUU al *writ of certiorari* ni a la competencia apelada de dicho cuerpo. Este tribunal también cuenta con notable flexibilidad para decidir qué casos serán tramitados y resueltos en sede originaria. Veamos sobre qué premisas se ha construido dicha discrecionalidad en este ámbito.

¹³⁴ Hemos optado por una traducción propia de las parcelas pertinentes del texto de la Constitución de los EEUU. Una traducción oficial al español del texto de la Constitución norteamericana, puede encontrarse en el sitio web de la oficina nacional encargada de los registros gubernamentales de ese país (*National Archives and Records Administration*): <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>.

La elección por una traducción libre, se justifica en atención a que varios de los criterios y estilos adoptados en el documento referido en el párrafo anterior, resultan controvertibles. Así, por ejemplo, la injustificada traslación idiomática de “supreme Court” como “Tribunal Supremo” (siguiendo la denominación que tiene el máximo cuerpo jurisdiccional en España), entre otras. Se trata, de todos modos, de diferencias meramente estilísticas que no alteran la sustancia del significado aludido.

Cabe aclarar asimismo que, en la traducción, hemos mantenido el uso de mayúsculas del texto original, para respetar el estilo del constituyente norteamericano, por más que el mismo no coincida con la tradición gramatical de nuestros textos legislativos.

Al igual que sucede en nuestro país, rige en los EEUU la doctrina según la cual la jurisdicción originaria de la Suprema Corte no puede ser ampliada ni restringida por el legislador, criterio hermenéutico que –como es sabido- remonta sus orígenes al mismo *leading case* “Marbury vs. Madison”¹³⁵.

Sin embargo, desde 1789 se ha entendido que dicha tesis no prohíbe al legislador atribuir competencias *concurrentes* respecto de las materias que la citada cláusula de la Carta fundamental norteamericana asigna originariamente a la Suprema Corte. En otras palabras, la nota de exclusividad de la competencia originaria del máximo tribunal no tiene en los EEUU raigambre constitucional. Es decir, que si bien no pueden ampliarse ni restringirse las hipótesis en las cuales dicho cuerpo actúa como órgano de instancia única, el legislador puede asignar concurrentemente el conocimiento de tales asuntos a otros órganos de la justicia federal o incluso local.

Así ocurre, por ejemplo, con las causas relativas a embajadores, ministros públicos y cónsules de estados extranjeros; los litigios entre los Estados Unidos y alguno de sus estados locales; o las controversias entre un estado y los vecinos de otro. En estos casos, dispone la norma que reglamenta el ejercicio de la competencia originaria de la Suprema Corte (28 USC § 1251), que este cuerpo tendrá jurisdicción “originaria pero no exclusiva”, mientras que en las controversias planteadas entre dos o más estados, la competencia es “originaria y exclusiva”.

En el primer caso (es decir, cuando se reconoce la concurrencia entre la competencia originaria de la Suprema Corte y de otros tribunales inferiores), la Corte tiene discrecionalidad suficiente para rehusarse a entender en los casos de esta índole que se lleven directamente a sus estrados¹³⁶. En la práctica, la negativa a conocer este

¹³⁵ Recuérdese que en dicho precedente se declaró la inconstitucionalidad de la *Judiciary Act* de 1789, en cuanto confería a la USSC la atribución de revisar la actuación u omisión de agentes del gobierno a través de *writ of mandamus*, sin intervención previa de órgano alguno de la justicia federal (lo que la transformaba a dicha vía procesal en una pretensión originaria no prevista en el Artículo III de la Constitución de Filadelfia)

¹³⁶ V. CHEMERINSKY, Erwin, *Federal Jurisdiction*, 2º ed., 1994, Little - Brown & Co., pp. 578-584. Destaca el autor la presencia de casos en los que la Corte ha rechazado su intervención originaria, aun tratándose de hipótesis en las que dicha competencia está prevista como exclusiva (es decir, en litigios entre dos o más estados). Así, por ejemplo, se ha negado a entender en este tipo de litigios, sobre la base de razones prácticas (“necesidad de asegurar el funcionamiento más efectivo de la Corte en el sistema federal”), cuando no estén en juego cuestiones federales importantes (Suprema Corte EEUU, “California c/ West Virginia”, 454 US 1027 [1981]).

Coincidentemente, destacan GRESSMAN y otros que desde 1976 la Suprema Corte comenzó a declinar el ejercicio de su competencia originaria aun en asuntos entre estados, “un tipo de casos que el Congreso siempre consideró que integraban la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte” (GRESSMAN y otros, *Supreme Court Practice*, ob. cit., p. 613).

tipo de causas se muestra como una regla de escasas excepciones. La misma Corte ha admitido que los criterios seguidos para abrirse a esta clase de planteos son marcadamente excepcionales:

“Buscamos ejercer nuestra jurisdicción originaria en escasas oportunidades y somos particularmente renuentes a asumir jurisdicción sobre una demanda en la que el actor tiene otro foro adecuado para resolver su pretensión”¹³⁷.

Añadiendo que:

“[E]n años recientes hemos interpretado consistentemente la regla prevista en 28 USC § 1251[a] como acordándonos una discrecionalidad sustancial para juzgar caso a caso la necesidad práctica de un fuero originario en esta Corte para disputas particulares incluidas en nuestra jurisdicción originaria constitucional. Ejercemos esa discreción con un ojo en la promoción de un más efectivo funcionamiento de esta Corte en el sistema de justicia federal”¹³⁸.

Es que, en términos generales, a la Corte advirtió desde hace tiempo los serios inconvenientes prácticos que ocasionaría tramitar y decidir la totalidad de las contiendas aludidas en el Art. III de la Constitución. Como lo sostuvo en el caso *Ohio v. Wyandotte Chemicals Corp.*:

“Pudo inicialmente ser contemplado que esta Corte ejerciera siempre su jurisdicción originaria al ser llamada para hacerlo, [sin embargo] los cambios en el sistema legal americano y el desarrollo de la sociedad americana han transformado en insostenible, en términos prácticos, la postura de que esta Corte deba estar disponible para resolver todas o la mayoría de las disputas legales que puedan surgir entre un Estado y ciudadanos de otro, aun cuando la disputa pueda ser una de aquellas en las que la Corte tenga jurisdicción originaria”¹³⁹.

Dicho pragmatismo ha llevado a que, en la estadística del máximo tribunal norteamericano de los últimos años, difícilmente se registre más de un caso admitido por esta vía directa¹⁴⁰.

¹³⁷ SC EEUU, *United States v. Nevada*, 412 US 534, 538 (1973) [cit. pot GREESMAN y otros, ob. cit., p. 628]

¹³⁸ SC EEUU, *Texas v. New Mexico*, 462 US 554, 570 (1983) [íd. ant.]

¹³⁹ SC EEUU, *Ohio v. Wyandotte Chemicals Corp.*, 401 US 493, 497

¹⁴⁰ Por ejemplo, al iniciarse el período de sesiones 2010, la Corte tenía 4 causas en trámite correspondientes a su competencia originaria, de los cuales resolvió 2, quedando las 2 restantes como remanentes para el período iniciado en octubre de 2011, dado que en todo el año no fue incorporada ninguna controversia adicional de estas características (v. *Journal of the Supreme Court*, October term 2010, p. II).

A título comparativo, nótese la diferencia con la realidad vigente en nuestro país, en el que el 28 % de las causas en trámite ante la Corte Suprema de la Nación corresponden a su competencia originaria, pese a que en los últimos años la interpretación restrictiva sentada a partir de la causa “Barreto” (“Fallos” 329:759, v.

b) Competencia apelada.

En cuanto a la segunda de las variantes aludidas (*competencia apelada*), la constitución estadounidense establece expresamente la posibilidad que el legislador reglamente el acceso del máximo tribunal federal por vía recursiva, limitando así el elenco de asuntos relativos a la interpretación de la constitución o de las leyes federales susceptibles de ser llevadas ante el máximo tribunal.

Tal reglamentación no se hizo esperar, ya que, desde 1789, el parlamento norteamericano se abocó a esta delicada cuestión, modelando la composición de la justicia federal y acotando el ámbito cognoscitivo propio de la jurisdicción apelada de la Suprema Corte. Así, a través de la reconocida *Judiciary Act* de 1789, el congreso de los Estados Unidos aprobó una estructura judicial innovadora y “experimental”, por la cual se determinó la presencia de juzgados federales en los 13 distritos y 3 circuitos en los que, a estos efectos, se dividía el territorio del país¹⁴¹.

supra, capítulo segundo, par. II) ha bajado el nivel de ingresos por vía originaria, aunque sin transformar a la misma en una competencia discrecional.

En el año 2010, de las causas totales ingresadas a la Corte argentina, el 1,42 % de los juicios correspondieron a esta variante jurisdiccional. En cuanto a la cantidad de pronunciamientos dictados durante dicho período en causas originarias, la diferencia entre el panorama nacional y el de los EEUU es amplia. Téngase presente que, por ejemplo, durante dicho período (2010) la CSJN dictó 338 sentencias en procesos correspondientes a su jurisdicción originaria, frente a las 2 decisiones que pronunció la Suprema Corte estadounidense (Fuente: Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación. *Estadísticas 2010*, disponible en: http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/Libros/Estadi_10/Corte_10.htm).

¹⁴¹ Siempre resulta interesante recabar en los orígenes de instituciones cuya familiaridad -como lo expresan destacados expositores- puede hacernos caer en la falsa impresión de que resultan inevitables (v. FRANKFURTER, Felix – LANDIS, James, *The business of the Supreme Court. A study in the Federal Judicial System*, Transaction Publishers, consultada la edición, New Brunswick, New Jersey, 2007 [orig.: Macmillan Co., New York, 1928], p. 4). La historia de las normas fundacionales de la organización judicial norteamericana (especialmente, los debates de la convención constituyente sobre la redacción del art. III de la Constitución de los EEUU y la opción política que significó la *Judiciary Act* de 1789) demuestran que el sistema así diseñado, como también ocurrió en nuestro país, lejos estuvo de ser una opción obvia, sino que –por el contrario- resultó el producto transaccional de los profundos conflictos de poder existentes entre los promotores del fortalecimiento del gobierno nacional y quienes, inversamente, buscaban limitarlo acentuando la autonomía de los estados confederados (remitimos, para un estudio en profundidad de este interesante aspecto de la organización judicial que sirvió de modelo excluyente en el diseño de la justicia federal argentina, a dos trabajos imprescindibles: el ya citado FRANKFURTER – LANDIS *The business of the Supreme Court* ..., pássim y el estudio de WARREN, Charles, “New light on the history of the Federal Judiciary Act of 1789”, 37 *Harvard Law Review* 49).

Respecto de la reconocida valoración de la *Judiciary Act* dentro de las normas sancionadas durante el período fundacional de los EEUU, v. FRANKFURTER – LANDIS, cit., p. 4, quienes -siguiendo las palabras de Henry BROWN-, entienden que no se necesita de una elevada retórica o elocuencia para calificar a dicha ley como “probablemente la más importante y satisfactoria de todas las leyes alguna vez aprobadas por el Congreso”; v. asimismo, STEVENS, Richard, en su “Introducción” a la obra recién citada, señalando que “la Ley fue un modelo de anticipación, sabiduría y completitud”, ob. cit., p. xxiii)

Y a la cabeza la organización, se estableció una corte suprema cuya competencia apelada se centraba en la definición, en última instancia, de cuestiones constitucionales y de interpretación de la normativa infraconstitucional federal, de la que –como es sabido– se nutrió el legislador argentino al sancionar la ley 48 (de organización de la justicia federal). Dicha competencia, en el diseño original, se ejercitaba fundamentalmente a través del *writ of error*, constituyendo una vía impugnativa “de derecho” u “obligada” (en el sentido de no quedar su admisibilidad sometida a una decisión discrecional de la Corte, sino de acordar a las partes la prerrogativa de acudir a dichos estrados en los casos allí previstos). Durante más de 100 años, dicha cualidad de la jurisdicción recursiva del máximo tribunal federal, se mantuvo prácticamente intacta.

No fue sino hasta el final de la guerra civil que dicho sistema vería nacer su primera gran reforma estructural, junto con la supresión de los tribunales de distrito. El movimiento por la desaparición de dichos órganos, que originariamente estaban integrados por dos jueces de la Corte (que debían trasladarse a la sede del circuito referido) y uno de los jueces de distrito correspondientes a ese circuito, dio lugar a la creación de las primeras Cámaras de Apelación (*Federal Courts of Appeal*), a través de la llamada *Evars Act* de 1891¹⁴². Frente a dicha modificación organizacional, que otorgaba la posibilidad de revisión de ciertas decisiones por un órgano de alzada específico, la ley dio un primer paso en favor de la competencia discrecional de la Suprema Corte estadounidense, al establecerse variadas hipótesis en las que dicho cuerpo sólo actuaría como alzada de las cámaras de apelaciones recién creadas, por vía de ‘certiorari’.

La competencia y atribuciones de la Corte, de todos modos, no se había modificado sustancialmente hasta ese momento. Pasarían algunos años hasta que el diseño institucional del máximo tribunal experimentara cambios más drásticos, especialmente con la ampliación de su jurisdicción discrecional, dejando de lado sucesivamente las hipótesis de apelación reglada u obligatoria para habilitar al cuerpo a seleccionar los casos que, por su importancia pública, serían dignos de atención en dicha sede.

¹⁴² Si bien la *Evars Act* (1891) no provocó la desaparición de las Cortes de Distrito, dejó sin efecto su competencia apelada (que se transfirió a las nuevas Cámaras de Apelación Federales). Fue recién en 1911 cuando la supresión de las Cortes de Distrito tuvo lugar definitivamente, con la sanción del *Judicial Code* (v. FRANKFURTER – LANDIS, *The business ...*, ob. cit., 138-145).

Estudiaremos ese proceso histórico más adelante, al referirnos a los antecedentes del *writ of certiorari* en el país del norte.

Por ahora continuaremos con la explicación de los rasgos fundamentales de la competencia asignada por la Constitución y las leyes a la Suprema Corte estadounidense.

El legislador del norte ha históricamente distinguido las dos fuentes principales de las que provienen los casos que ponen en marcha la jurisdicción apelada del máximo tribunal federal: i) la apelación de decisiones de determinados órganos de la justicia federal (Cortes Federales de Apelación; Corte de Apelación para las Fuerzas Armadas; Corte de Apelación para el Circuito Federal¹⁴³; tribunales colegiados de distrito [*three-judges District Courts*]¹⁴⁴ y ii) las incoadas contra decisiones de los superiores tribunales estatales.

En la primera hipótesis (revisión de decisiones de *tribunales federales inferiores*), las potestades revisoras de la Corte son algo más amplias, cualidad derivada del enclave del máximo tribunal como parte de la organización controlada (justicia federal). Al no quedar involucrada la revisión de decisiones emanadas de los jueces estatales, la intervención de la Corte en causas provenientes de la justicia federal no sensibiliza los sentimientos locales propios de un régimen federativo, justificándose así esa mayor amplitud en sus márgenes de acción.

Así, por ejemplo, en los casos provenientes de la justicia federal, las decisiones recurribles enunciadas por el legislador son más numerosas, ya que puede requerirse la intervención de tribunal supremo (por vía de ‘certiorari’) aun antes del dictado de la sentencia de mérito¹⁴⁵. En cambio, en el supuesto de la impugnación de decisiones de

¹⁴³ La Corte de Apelaciones para el Circuito Federal (*Court of Appeals for the Federal Circuit*) constituye el 13º circuito federal norteamericano, y está encargada de la revisión de ciertas categorías especiales de controversias (v. 28 USC §1292). Su competencia territorial, a diferencia de otras cámaras de apelación federales, se extiende a todo el país.

¹⁴⁴ La integración del tribunal de primera instancia con tres jueces federales, es un resorte excepcional, que sólo en circunstancias especiales es determinada por el legislador, para resolver contiendas puntuales (vg., a pedido del Procurador General en algunos casos relativos a la *Civil Rights Act* de 1964, para algunas cuestiones electorales, en los casos de aplicación de la Ley de Protección de la Bandera de 1989, etc.) [V. GRESSMAN y otros, *Supreme Court Practice*, 9º ed., pp. 102-117].

¹⁴⁵ Así lo dispone el *US Code*: “Los casos en las Cortes de Apelaciones pueden ser revisadas por la Suprema Corte por los siguientes métodos: (1) Por writ of certiorari concedido a petición de cualquier parte en cualquier causa civil o penal, antes o después del dictado de la sentencia o resolución; (2) por certificación realizada en cualquier momento por una corte de apelaciones, de cualquier cuestión de derecho en una causa civil o penal respecto de la que se requieren instrucciones, y frente a tal certificación la Suprema Corte puede

los superiores tribunales estatales, el *US Code* (28 USC § 1257), sólo se permite impugnar una sentencia o resolución “definitiva” (*final judgment or decree*). Sin embargo, la presencia de excepciones reconocidas en la jurisprudencia de la Corte, por las que se habilita la impugnación de decisiones anteriores de los tribunales locales frente a supuestos de gravamen irreparable, hacen que esta diferencia no sea tan marcada¹⁴⁶.

Dos variantes ingresan dentro de la atribución ampliada que le permite a la Corte ingresar en casos provenientes de la justicia federal, aun sin un pronunciamiento de mérito del *a quo*. Por un lado, la posibilidad de atacar resoluciones interlocutorias del tribunal inferior¹⁴⁷. Por el otro, la consagración de una suerte de *by pass* o *per saltum*, que autoriza al cimero cuerpo a conceder el embate sin que el *a quo* se haya pronunciado aún sobre la cuestión llevada a sus estrados. El máximo tribunal, de todos modos, ha considerado que este último instrumento es marcadamente excepcional¹⁴⁸. De acuerdo con lo normado en la Regla 11 de las SCR, sólo frente a casos de *importancia pública tan imperativa que justifique desviarse del trámite de apelación ordinario* y requerir *intervención inmediata de la Corte* es posible admitir un planteo de este tipo¹⁴⁹. Excepcionalidad que puede apreciarse en la misma jurisprudencia del alto cuerpo, que sólo registra supuestos de aplicación del *by pass* en situaciones extremas, como las que se suscitaban en el conocido caso “*United States v. Nixon*”¹⁵⁰.

dar instrucciones vinculantes o requerir la remisión de las actuaciones completas para decidir la totalidad de la asunto controvertido” (28 USC §1254, traducción propia).

¹⁴⁶ V. CHEMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, ob. cit., p. 595, quien destaca que a consecuencia de las excepciones admitidas por la Corte a la *final judgment rule*, los alcances de este requisito se terminan asemejando en la práctica (aunque sin identificarse): tanto en la revisión de decisiones de cortes locales, como en la de la actuación de los tribunales federales, hay hipótesis excepcionales en las que se podrá atenuar el rigor de la exigencia de la definitividad (*finality*) del pronunciamiento atacado. Aunque en el primer caso, insistimos, la autorización está contemplada en la ley (28 USC §1254) y, además, hay menos compromiso del régimen federal (es decir, que cuando se revisa anticipadamente un asunto originado en el fuero federal, no se corre el riesgo que se vea a la Corte “invadiendo” el ejercicio pleno de la jurisdicción local, al tomar un caso antes de ser resuelto por esta última).

¹⁴⁷ Si bien la sección 1254, transcripta en la nota anterior, no hace diferencia entre las voces sentencia o resolución, lo que avalaría la procedencia del ‘certiorari’ en ambas hipótesis, la Corte ha tenido en cuenta la calidad de la decisión atacada (es decir, si se trata de una sentencia definitiva o una resolución interlocutoria) como un factor más para valorar si ingresará en el caso. En otros términos: la circunstancia de que la decisión atacada no sea un pronunciamiento definitivo reduce las posibilidades de que una causa ingrese en dicha sede (v. GRESSMAN y otros, *Supreme Court Practice*, ob. cit., p. 82).

¹⁴⁸ V. SC EEUU, *Coleman v. PACCAR Inc.*, 424 US 1301, 1304. En nota al pie sostuvo el alto cuerpo en el fallo citado que “el ejercicio de dicha potestad por la Corte es un acontecimiento extramadamente excepcional (“*the exercise of such power by the Court is an extremely rare occurrence*”)

¹⁴⁹ V. CHEMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, ob. cit., 2º ed., p. 589; GRESSMAN y otros, *Supreme Court Practice*, ob. cit., p. 84.

¹⁵⁰ Suprema Corte EEUU, *United States v. Nixon*, 418 US 683 (1974). En el caso se debatía acerca de los alcances de la inmunidad del Presidente de la Nación para repeler las investigaciones judiciales dirigidas en su

Por otra parte, los casos provenientes de la justicia federal son los únicos que permiten abrir otro sendero excepcional de actuación de la Suprema Corte: la *certificación* de cuestiones por parte de los tribunales de segunda instancia.

En efecto, la citada §1254 del título 28 del *US Code*, a la que antes hicieramos referencia, brinda a las Cortes de Apelación federales, la posibilidad de “certificar” la presencia de cuestiones de derecho sobre las cuales deseen recibir instrucciones de la Suprema Corte, previo a pronunciarse sobre el recurso pendiente ante sus estrados. A través de este mecanismo, la Corte es consultada sobre un punto de derecho que, en buena medida, se independiza del contexto fáctico y demás elementos de convicción del caso a resolver. Dicha independencia de las circunstancias del caso, de todos modos, es relativa, ya que entre las facultades que tiene la Corte al momento de expedirse sobre la consulta, se encuentra la de pronunciarse sobre la totalidad de la controversia (v. 28 USC §1254; Regla 19, *SCR*), hipótesis en la que su competencia se aparta de la mera emisión de “instrucciones”, pasando a asemejarse a la resolución de un caso *vía per saltum*.

El cimero cuerpo estadounidense también es reacio a ingresar en este tipo de disquisiciones¹⁵¹, habiendo señalado, entre otros criterios limitativos, que la certificación sólo puede tener lugar sobre cuestiones de derecho que no sean muy abstractas o generales y siempre que existan motivos “sustanciales” para utilizar este dispositivo, en lugar de los tradicionales mecanismos recursivos¹⁵². Por otra parte, la vía en sí misma ha sido agudamente criticada como una variante de actuación “obsoleta”, acosejándose su

contra. En particular, se discutía la validez de recabar e incorporar al proceso ciertas grabaciones y documentos que podían incriminar al ex Presidente Richard Nixon y a su entorno, en la investigación judicial del conocido escándalo de espionaje político conocido como “Watergate”. Pocos días después del fallo de la Corte (24 de julio de 1974) que limitó la extensión del aludido privilegio del Poder Ejecutivo y le ordenó entregar las cintas de sus conversaciones en la Casa Blanca (con las que se pretendía demostrar que había obstruido la investigación del espionaje a opositores políticos), Nixon renunciaba a la primera magistratura.

Es de señalar que, además de ser utilizada en estas hipótesis extraordinarias, la previsión de la citada § 1254, que autoriza a la Corte a admitir un caso aun estando pendiente de resolución ante el *a quo*, ha sido aplicada ocasionalmente como instrumento de acumulación de causas, cuando ante los órganos inferiores se encuentran en trámite asuntos análogos o conexos con otros que ya han sido admitidos para revisión en los estrados del máximo tribunal (CHEMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, ob. cit. p. 590).

¹⁵¹ Señalan GREESMAN y otros que si bien entre los años 1927 y 1936 se elevó una imponente cantidad de certificaciones por parte de las Cortes de Apelación federales, durante los 60 años transcurridos entre 1936 y 2006, sólo cuatro pedidos de este tenor fueron aceptados por la Suprema Corte (v. GREESMAN y otros, *Supreme Court practice*, ob. cit., pp. 596).

¹⁵² V. CHEMERINSKY, ob. cit., p. 591; WRIGHT, Charles A., *Law of Federal Courts*, West Publishing, Saint Paul, 4º ed., 1983, pp. 734-735. Más detenidamente: GREESMAN y otros, *Supreme Court practice*, ob. cit., pp. 595-608.

supresión dentro del elenco de resortes que movilizan la jurisdicción apelada de la Corte¹⁵³.

Por último, otra diferencia a tener en cuenta respecto de la competencia del máximo tribunal norteamericano para la revisión de asuntos emanados de la justicia federal, es la presencia (aunque casi insignificante en su agenda) de la única hipótesis de apelación “obligatoria” (no discrecional) vigente luego de la reforma de 1988: el recurso de apelación contra las decisiones de tribunales colegiados de distrito (*three-judge district courts*), órganos especiales a los que hemos hecho referencia previamente.

La segunda clase general de asuntos que, como fuera anticipado, pueden movilizar la competencia apelada de la Suprema Corte norteamericana, es la *revisión de decisiones finales de los superiores tribunales de los estados locales*. Señalaremos también, sintéticamente, algunos rasgos generales de esta variante de actuación del máximo tribunal, útiles para la presente investigación.

Al igual que sucede en nuestro país (que, como es sabido, adoptó en el art. 14 de la ley 48 fundamentalmente el diseño institucional de la *Judiciary Act* de 1879 para determinar los casos que podían llegar a los estrados de la Corte Suprema), el máximo tribunal de los EEUU no sólo actúa como instancia de revisión final de las decisiones de la justicia federal, sino además como órgano de contralor de las decisiones de los superiores tribunales locales, cuando éstos se pronuncian sobre cuestiones importantes de derecho federal.

La decisión de estos cuerpos jurisdiccionales sobre materias correspondientes de derecho local, es irrevisable ante la Suprema Corte, aunque –al igual que sucede en nuestro medio– dicha regla ha experimentado algunos inconvenientes en los casos en los que la Constitución protege un derecho reconocido por el derecho local. Dos reglas generales, idénticas a las que han sido desarrolladas en nuestro ámbito, sirven de guía en esta materia: i) en primer lugar, que cuando la decisión cuente con *razones independientes de derecho estadual que la sustenten*, pese a estar involucrada en paralelo un debate de derecho federal, el recurso debe ser descartado; ii) en segundo término, que es posible la revisión plena de la decisión por el máximo tribunal, cuando las cuestiones de derecho local estén *inescindiblemente integradas* con las de derecho federal, de modo que no

¹⁵³ V. FEDERAL JUDICIAL CENTER, “Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court”, 57 *Federal Rules Decisions* 573 (1972), esp. p. 603.

pueda predicarse la independencia de los argumentos de derecho estadual referida en el acápite previo¹⁵⁴.

Como lo adelantáramos, la revisión de decisiones de los superiores tribunales locales es de algún modo más acotada, ya que no están previstos a su respecto algunos de los resortes excepcionales de actuación a los que aludiéramos en los párrafos precedentes (vg., apertura de la competencia recursiva por vía de “certificación”; ‘certiorari’ deducido con anterioridad a la resolución de la litis por el *a quo -by pass* o *per saltum*-, etc.).

Desde la reforma de 1988 (*Supreme Court Case Selection Act*), sólo es posible instar la jurisdicción apelada de la Corte respecto de los superiores tribunales estaduales, por vía de ‘certiorari’. Es decir, que esta variante impugnativa es, al día de hoy, *completamente discrecional*.

El *US Code* regula del siguiente modo los casos en los que es posible llamar la atención de la Corte para reexaminar un caso proveniente de la justicia local (28 USC § 1257):

“(a) Las sentencias y resoluciones definitivas dictadas por el superior tribunal de un estado en el que una decisión se haya adoptado, puede ser revisada por la Suprema Corte por writ of certiorari cuando la validez de un tratado o ley de los Estados Unidos sea cuestionada o cuando la validez de una ley de un Estado sea cuestionada bajo el argumento de ser repugnante a la Constitución, tratados, o leyes de los Estados Unidos, o cuando algún título, derecho, privilegio, o inmunidad sea especialmente establecida o reclamada de acuerdo con las previsiones de la Constitución o los tratados o las leyes de, o cualquier comisión o autoridad ejercida en nombre de, los Estados Unidos [...]”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ La doctrina de los “argumentos de derecho local independientes y adecuados para sustentar la decisión” (*Independent and adequate state grounds doctrine*), no está exenta de dificultades, al igual que lo que sucede en nuestro país, en el ámbito del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48) [v. sobre el tema: CHEMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, ob. cit., pp. 613-637; WRIGHT, *Law of Federal Courts*, ob. cit. pp. 747-754; GRESSMAN y otros, *Supreme Court ...*, ob. cit., pp. 207-228; GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, New York, 11° ed., 1985, pp. 56-62].

¹⁵⁵ 28 USC § 1257 (traducción propia). El texto original, que en esta oportunidad transcribimos en atención a su importancia, es el siguiente:

“(a) Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States.

(b) For the purposes of this section, the term ‘highest court of a State’ includes the District of Columbia Court of Appeals”.

El elenco aludido (que en nuestro país resulta por demás familiar dada la profunda influencia que el diseño norteamericano ha tenido en la redacción del art. 14 de la ley 48), prácticamente contiene la totalidad de las cuestiones federales susceptibles de ser articuladas y resueltas por la justicia local¹⁵⁶. Como puede advertirse, el ordenamiento estadounidense no exige en la actualidad el recaudo conocido en nuestro medio como “de la resolución contraria”, razón por la cual no interesa en qué sentido haya sido dirimido el conflicto entre la ley estadual y el derecho federal: basta que el tema haya sido abordado por el *a quo* para permitir su revisión vía ‘certiorari’¹⁵⁷.

Dentro de tales hipótesis, como luego veremos, la Corte puede ejercer la amplia discreción que le confiere el ordenamiento para admitir o denegar la revisión requerida, a efectos de lo cual ha identificado reglamentariamente algunos parámetros enunciativos (v. Regla 10, *SCR*, “Consideraciones que gobiernan la revisión por certiorari”, v. *infra* ap. 3.2]).

Un último dato a destacar respecto de la jurisdicción recursiva del máximo tribunal estadounidense sobre decisiones dictadas por la justicia local, es el recaudo de la definitividad (*finality*) que debe cumplir la resolución atacada para poder ser materia de revisión por esta vía.

A diferencia de lo que sucede cuando el caso a considerar proviene de la justicia federal (hipótesis en la que –como vimos– es posible atacar decisiones interlocutorias de las cámaras de apelaciones o incluso entender en la causa con carácter previo al

¹⁵⁶ GRESSMAN y otros, ob. cit., p. 151.

¹⁵⁷ La sucesiva desaparición del recaudo de la “resolución contraria” en los EEUU, es una de las pocas manifestaciones de *ampliación* de la jurisdicción apelada de la Suprema Corte, cuya historia –como luego veremos con más detenimiento– está marcada por una tendencia constante en sentido opuesto (es decir: hacia su reducción). El inicio de la decadencia del requisito de marras (que lamentablemente sigue imperando en nuestro medio), tuvo lugar fundamentalmente luego del dictado de la legislación social a fines del siglo XIX. En dicho contexto, la declaración de inconstitucionalidad de las primeras leyes de protección laboral (normas estaduais en los EEUU), por parte de algunos superiores tribunales locales, básicamente por considerárselas contrarias al derecho de propiedad reconocido por la Constitución federal, paradójicamente no generaba un caso susceptible de ser llevado ante el máximo tribunal, pese a la especial relevancia jurídico-política del debate. En efecto, ese tipo de decisiones importaba dar primacía a la citada cláusula constitucional (inviolabilidad del derecho de propiedad) declarando la invalidez de la legislación protectoria local (laboral), por lo que no se perfeccionaba en tales hipótesis el recaudo de la resolución contraria al derecho federal que permitiera a la Corte pronunciarse sobre el punto. Problemas de esa índole generaron una primera reacción (*Judicial Code*, 1914) consistente en reconocer la posibilidad de revisar, por vía de ‘certiorari’, decisiones que no cumplieran con el recaudo de la resolución contraria y que, por ende, no fueran pasibles de impugnación a través del *writ of error* (v. FRANFURTER – LANDIS, *The business of the Supreme Court ...*, ob. cit., p. 190-198; WRIGHT, Charles, *Law of Federal Courts*, ob. cit., pp. 737-738). Al día de hoy, como se indica en el texto, el modo en el que la cuestión federal haya sido resuelta (sea a favor o en contra de la ley estadual o federal) es irrelevante: el reexamen siempre es viable acudiendo al instrumento del ‘certiorari’ previsto en la §1257 del *US Code*.

pronunciamiento respectivo –*by pass* o *per saltum*-), cuando se pretende reexaminar la actuación de un superior tribunal estadual, la norma examinada únicamente permite atacar sentencias y resoluciones definitivas (*final judgements or decrees*)¹⁵⁸. Dicha nota, como enseñan GRESSMAN y los restantes coautores de la clásica obra sobre la Corte estadounidense, sólo puede considerarse presente cuando se den dos cualidades: (i) que la decisión no esté sujeta a una ulterior revisión o corrección en ningún tribunal estadual; (ii) que ponga fin al litigio efectivamente y no a meras cuestiones interlocutorias o pasos intermedios. Sintetizándolo en palabras de la Corte: “Tiene que ser la palabra final de una corte de última instancia”¹⁵⁹ o, con más precisión, “debe poner fin a la litis pronunciándose sobre mérito, no dejando pendiente más actividad que la de ejecutar la sentencia”¹⁶⁰.

De todos modos, la regla presenta excepciones reconocidas pretorianamente por el alto cuerpo estadounidense, similares a las que en nuestro medio experimenta el homólogo requisito de la “definitividad” de las sentencias pasibles de los recursos extraordinarios. Es que, como lo explica CHEMERINSKY, los motivos de eficiencia, celeridad y respeto del federalismo que justifican el recaudo de la definitividad (*final judgment rule*), ceden en ciertas ocasiones en las que se debaten “derechos constitucionales importantes y una revisión posterior tornaría imposible o inefectiva la reparación de los perjuicios producidos”¹⁶¹.

Tales excepciones fueron sistematizadas por la Corte en el caso *Cox Broadcasting Corp. V. Cohn* (1975)¹⁶², en el que se consideró que, pese a existir actividad cognoscitiva

¹⁵⁸ Sobre el requisito de la definitividad en los EEUU, v. GRESSMAN y otros, *Supreme Court ...*, ob. cit., pp. 152-175; CHEMERINSKY, *Federal jurisdiction*, ob. cit., pp. 594-613; WRIGHT, Charles A., *Law of the federal courts*, ob. cit., pp. 739-743.

¹⁵⁹ V. GRESSMAN y otros, cit. p. 152, con cita del caso de la Suprema Corte: *Market Street R. Co. v. Railroad Comm'n of Cal.*, 324 U.S. 548, 551 [1945]

¹⁶⁰ CHEMERINSKY, ob. cit., p. 597.

¹⁶¹ V. CHEMERINSKY, ob. cit., p. 595. Nótese la similitud entre el estándar aludido y la doctrina jurisprudencial que, en nuestro país, permite a las cortes supremas hacer excepción al requisito de la sentencia definitiva, cuando lo decidido provoque un daño de “imposible o muy dificultosa reparación ulterior” (v. CSN, “Fallos” 332:2487 [2009]; 333:2017 [2010]; 334:885 [2011]; *id* causa F.75.XLIV, “Federación Argentina de Colegios de Abogados”, sent. del 10-IV-2012, etc.; SCBA, Ac. 34.687, sent. del 12-II-1991, “Molledo”; Ac. 75631, sent. del 21-V-2003, “Paermentier”; Ac. 93.741, res. del 27-IV-2005, “Domingo Ciancio S.R.L.”; A. 69.170, sent. del 28-V-2008, “Guevara”, entre muchas otras).

¹⁶² SC EEU, *Cox Broadcasting Corp. V. Cohn*, 420 US 469 (1975). Es de señalar que en el precedente de marras, la Corte no consideró a las hipótesis aludidas como “excepciones” al requisito de referencia, sino como supuestos en los que existe “definitividad suficiente”, aunque existieran procedimientos sobrevinientes ulteriores a seguir antes de un pronunciamiento acabado sobre el mérito.

En el citado precedente, el padre de una joven violada y asesinada demandó resarcimiento civil por la difusión de los datos de la víctima (se basó en la legislación del estado de Georgia, que impedía que dicho tipo

(no sólo ejecutiva) pendiente ante la justicia local, podría revisarse lo decidido por el tribunal ubicado en el vértice de dicha jurisdicción: i) cuando la corte estadual decida una cuestión federal y prácticamente no existan dudas acerca del resultado final del juicio, respecto de los temas de hecho o de interpretación y aplicación del derecho local (vg., civil, penal, etc.) pendientes de resolución; ii) cuando la decisión del superior tribunal local respecto de la cuestión federal involucrada, sobrevivirá cualquier procedimiento judicial sobreviniente en la jurisdicción local y tendrá virtualmente asegurada la revisión por la Suprema Corte; iii) cuando la Corte no tendrá otra oportunidad de revisar la decisión atacada, en lo concerniente a la cuestión federal involucrada, si el juicio continúa su curso ante la justicia local; iv) cuando la sentencia atacada se pronuncia definitivamente sobre una cuestión federal y, pese a que las actuaciones pendientes ante la justicia local podrían tornar abstracto el debate federal por ser resuelto en el mérito a favor del peticionante sobre la base de argumentos de hecho o de derecho local, existe un fuerte interés federal en el conocimiento inmediato de la cuestión respectiva por la Suprema Corte (o, en términos más aproximados a las palabras utilizadas por la Corte en la causa *Cox Broadcasting Corp.*: una denegación de revisión inmediata podría afectar seriamente los intereses tutelados por el derecho federal).

En las reflexiones precedentes, se han identificado las hipótesis en las que la Corte norteamericana puede intervenir en actuaciones tramitadas ante la justicia federal o local. Estamos así en condiciones de ingresar en otra distinción fundamental, que atañe al punto central de esta investigación y que en buena medida ha sido anticipada.

En efecto, al referimos a las vías por las que es posible abrir la competencia apelada de la Corte estadounidense, dos variantes centrales han sido distinguidas:

i) la *jurisdicción apelada "obligatoria"*, en la que el alto cuerpo no tiene explícitamente concedido el poder discrecional de admitir o no el embate, sino que debe limitarse a

de información se hiciera pública, por razones de privacidad, normativa que la demandada cuestionó como inconstitucional). Siendo resuelta la admisibilidad de la pretensión sumariamente, la Suprema Corte de Georgia consideró que la ley local no contrariaba la libertad de prensa y que, por lo tanto, debía seguirse adelante con el juicio. Pese a que la causa obviamente debía volver a la instancia de grado para proseguir su curso, la accionada requirió la intervención de la Suprema Corte por vía de certiorari, que fue concedido, aclarándose *obiter dicta* las hipótesis en las que –como en dicho caso– sería posible que el máximo tribunal federal entienda en un caso pese a que el fallo en crisis no agote el trámite de la litis. Finalmente, la sentencia del superior tribunal local fue revocada, al considerarse que la Primera Enmienda de la Constitución de los EEUU impedía sancionar a quien publica una información verdadera emanada de un expediente judicial.

interpretar las cláusulas que le confieren dicha competencia y verificar su aplicación al caso concreto¹⁶³. Se trata de una variante de actuación que desde hace décadas se encuentra en retirada¹⁶⁴ y que se presenta cuando el legislador concede a las partes el derecho de acudir ante el máximo tribunal, por vía de una apelación directa (*direct appeal*), instrumento sucedáneo del *writ of error* establecido en la *Judiciary Act* de 1789;

ii) la *jurisdicción apelada “discrecional”*, fundamentalmente ejercida mediante el *writ of certiorari*, que le permite a la Corte, en las causas en las que se llega por esta vía, decidir si las cuestiones articuladas tienen importancia pública suficiente como para motivar su revisión por el más alto tribunal del país.

A esta última especie nos dedicaremos más adelante, luego de examinar brevemente la organización y estructura de la Suprema Corte norteamericana.

2.3) Organización y estructura.

Si bien durante las primeras décadas de funcionamiento, el *número de integrantes* de la Suprema Corte estadounidense varió entre sus seis miembros originales (1789¹⁶⁵), reduciéndose a cinco en 1801 y modificándose hasta llegar a un máximo de diez magistrados en 1863, desde 1869 hasta la actualidad se ha mantenido la conformación

¹⁶³ Más de un autor ha señalado que la distinción entre jurisdicción obligatoria y discrecional tiene más relevancia en la teoría que en la práctica (v. CHEMERINSKY, ob. cit. p. 585 –señalando que la distinción entre jurisdicción obligada y discrecional “tiene más importancia en el papel que en la práctica”-; v. asimismo: BIANCHI, Alberto, *Jurisdicción y procedimientos ...*, ob. cit., pp. 214-217 –calificando a la jurisdicción obligatoria como “casi discrecional”-; HARTNETT, Edward A., “Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the judges’ bill”, en 100 *Columbia Law Review* 1643, esp. pp. 1708-1710 –destacando la complacencia del Congreso con dicha práctica indebida, al afirmar que la *Judges’ Bill* en vez de procurar enmendar dicha irregularidad, ajustó la ley a la misma, al derogar casi todas las variantes de jurisdicción obligada-).

Las razones por las que se sostiene dicha evaporación de los contornos entre ambas formas de actuación de la Corte, parecen concentrarse en la constante necesidad de interpretar los conceptos indeterminados que rigen en la fase de admisión (como el de la necesidad de que existan cuestiones federales “sustanciales” para justificar la procedencia de la apelación “obligatoria”). Dicho tipo de construcciones, así como la frecuente utilización de su potestad de resolver sumariamente la impugnación sin necesidad de seguir los pasos ordinarios de trámite (vg., la audiencia para escuchar los argumentos de las partes) desde hace tiempo transformaron la fisonomía de la *mandatory appeal*, al conferir a la Corte un considerable poder de decisión sobre la procedencia de un pronunciamiento de mérito en estos casos.

¹⁶⁴ Las apelaciones *stricto sensu (mandatory appeals)* son un fenómeno casi inexistente en la praxis moderna de la Corte, como puede advertirse de la estadística publicada por dicho tribunal en los últimos años. Así, en el año 2007, 2 casos fueron admitidos por esta vía; lo mismo ocurrió en 2008; en 2009, sólo 1; mientras que en 2010, ningún caso accedió a la Corte de este modo (información obtenida del *Journal of the Supreme Court* [disponible en: <http://www.supremecourt.gov/orders/journal.aspx>].

¹⁶⁵ La referencia corresponde a la fecha en la que el legislador fijó la cantidad de integrantes de la Suprema Corte estadounidense, aunque –en realidad- la misma sesión por primera vez en el año 1790, en la ciudad de Nueva York, entonces capital del país. Recién en 1801 la Corte quedó radicada en el distrito de Columbia.

del órgano con nueve jueces, sin que se haya adoptado el sistema de división en salas, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes (vg., Francia, Italia, etc.).

El *quorum* para sesionar es de seis magistrados (v. 28 USC §1¹⁶⁶; en el mismo sentido, v. *Rules of the Court* § 4.2).

En cuanto a las *mayorías*, las reglas de funcionamiento de la Corte carecen de referencias en torno a la necesidad de que algunas de sus decisiones deban adoptarse por unanimidad o por más de la mitad de sus miembros.

El problema consiste en determinar si, con independencia de la claridad de la regla en torno al *quorum*, basta la opinión concordante de 4 jueces (esto es, la mayoría relativa dentro del referido *quorum* de seis) para obtener un pronunciamiento del órgano como tal; o si, por el contrario, todas o algunas de las cuestiones deben contar con el voto acorde de más de la mitad de la totalidad de los integrantes del cuerpo (mayoría absoluta). Si bien durante los primeros años de actuación de la Corte, se había exteriorizado la práctica de seguir el criterio de la mayoría absoluta de los miembros de la Corte para expedirse en cuestiones constitucionales, desde hace tiempo se admite la validez del pronunciamiento del cuerpo con una mayoría relativa (de cuatro jueces)¹⁶⁷.

Cabe señalar un aspecto del recaudo de la mayoría en este tribunal, que difiere sustancialmente respecto de regímenes como el de nuestro país. En efecto, mientras la exigencia de dicha prevalencia numérica, tanto en el *sentido* de la decisión como en sus *fundamentos*, ha sido considerada en Argentina una exigencia fundamental en el funcionamiento de los órganos colegiados y hasta ha sido calificada como una condición de “existencia” de la sentencia misma¹⁶⁸, en la más elevada instancia jurisdiccional estadounidense no se advierte semejante preocupación por la

¹⁶⁶ La Cámara de los Representantes de los EEUU, a través de un consejo de revisión permanente (*Law Revision Council*) elabora un documento con la consolidación y codificación de la legislación general permanente de ese país: el *United States Code* (USC). En el mismo se encuentran las previsiones vigentes sobre organización del Poder Judicial, así como algunas reglas procesales, establecidas en el título 28 (*Judiciary and Judicial Procedure*). El *US Code* puede ser consultado en <http://uscode.house.gov/>.

¹⁶⁷ V. GRESSMAN y otros, *Supreme Court ...*, ob. cit., pp. 5-6.

¹⁶⁸ En nuestro país, la Corte Suprema de la Nación ha entendido reiteradamente que la mayoría de opiniones constituye una exigencia indispensable para la validez y hasta la “existencia” de una sentencia colegiada (v. entre otros, CSN causa G.2096.XL, “Garayo”, sent. del 21-VIII-2007; *id.* “Fallos” 329:4078 [2006]; 332:1564 y 1666 [2009]). Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires, el recaudo ha sido incorporado expresamente en la Constitución (art. 168, Const. Pcial.), habiendo la Suprema Corte bonaerense invalidado reiteradamente pronunciamientos colegiados que incumplen dicha formalidad, entendiendo uniformemente que el recaudo de marras “no queda satisfecho únicamente con la mayoría de resultado” (SCBA, Ac. 63.444 sent. del 10-VI-1997, “Pedro”; C. 101.298, sent. del 9-XII-2009; “Arriola”; C. 111.191, sent. del 28-XII-2010, “Sindicato de Luz y Fuerza”; C. 107.459, sent. del 4-V-2011, “C., A.”, etc.).

concordancia de opiniones, ni se identifica a dicha formalidad como un recaudo de validez de la decisión. De hecho, siendo de seis jueces el *quorum* necesario para sesionar, sería posible que, de dicha formación par, las opiniones se encuentren divididas por igual. En tal caso (nuevamente: a diferencia de lo que ocurre en nuestro medio¹⁶⁹), la sentencia atacada quedará confirmada, sin necesidad de que se exterioricen los pareceres enfrentados en la decisión. Un fallo de ese tenor, sin embargo, carecerá de valor vinculante como precedente¹⁷⁰.

Ello, de todos modos, lejos está de degradar la importancia de la exploración de coincidencias entre los integrantes de la Corte. Por el contrario, además de que –como fuera anticipado– dicha uniformidad resulta necesaria para dotar de eficacia obligatoria al criterio jurisprudencial adoptado, la mayoría de opiniones se muestra imprescindible para brindar autoridad moral a la doctrina sentada en casos complejos o de calificada repercusión social o institucional. Es en parte por la importancia de ese “juego colegial” que, en la literatura norteamericana, abundan análisis sobre las alianzas, pujas y coincidencias (circunstanciales o permanentes), de los jueces en las distintas integraciones históricas del alto cuerpo, inferencias basadas en aspectos ideológicos, estratégicos, políticos, etc.¹⁷¹, cuyo abordaje obviamente desbordaría los límites de esta investigación.

¹⁶⁹ En Argentina, al presentarse una hipótesis de paridad de opiniones o ausencia de mayoría, que no pueda ser remediada “transaccionalmente” (es decir, logrando que los jueces “cedan” parte de sus discrepancias), dos técnicas suelen aplicarse en diversas jurisdicciones. Una consiste en integrar el tribunal con otros jueces hasta alcanzar el objetivo señalado. Es lo que ocurre en la justicia nacional con las distintas salas de las Cámaras de Apelación o con las sentencias de la Corte Suprema de la Nación (arts. 23 y 26, dec. ley 1285/58). Otro es organizar el debate mediante la división de cuestiones, escalonando así el pronunciamiento de modo de ir avanzando progresivamente en la resolución de interrogantes parciales que vayan despejando las disparidades de criterio y permitan arribar a una decisión final válida, solución frecuentemente adoptada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (v. sobre el punto: GIANNINI, Leandro, “El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires”, en *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, v. 2007-1, Nulidades, pp. 291-345, esp. ap. IV.2).

¹⁷⁰ GRESSMAN, *Supreme Court Practice*, ob. cit., 9° ed., p. 6.

¹⁷¹ Análisis de este tenor, con variante metodología, provenientes de diversas disciplinas, no sólo jurídicas sino también políticas y sociales, se pueden encontrar, entre otras obras, en: COOPER, Phillip J.– KANSAS, Lawrence, *Battles on the bench: conflict inside the Supreme Court*, University Press of Kansas, 1995; STEAMER, Robert J., *The Supreme Court in crisis: a history of conflict*, University of Massachusetts Press, 1971; SCHMIDHAUSER, John R., *The Supreme court: its politics, personalities and procedures*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960; FLEDMAN, Noah, *Scorpions: The Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*, Twelve, New York – Boston, 2010, esp. pp. 177-336; MALTZMAN, Forrest - SPRIGGS James F. II, WAHLBECK Paul J., *Crafting Law on the Supreme Court: The Collegial Game*, Cambridge University Press, 2000; HAMMOND, Thomas - BONNEAU, Chris - SHEEHAN, Reginald, *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*, Stanford University Press, 2005, pp. 95-138; LITTLE, Joseph W., “The Workload of the United States Supreme Court: Ruling the Pen with the Tongue”, en *The Journal of Legal Profession*, vol. 6, 1981-1982, pp. 51-

2.4) Estadística.

Examinaremos a continuación algunos datos estadísticos relevantes de la actuación de la Suprema Corte, para que se pueda apreciar con mayor precisión, desde una perspectiva cuantitativa, el campo de acción en el que dicho cuerpo elige los casos a decidir, así como el resultado final de dicha tarea de selección.

En tal sentido, pueden destacarse los siguientes datos, extraídos del *Journal of the Supreme Court of the United States*¹⁷², publicación oficial en la que se recopila la actividad anual del máximo tribunal.

Suprema Corte EEUU (tasa de admisión)			
Período ¹⁷³	Ingresados	Admitidos	%
1998	7109	81	1,14%
1999	7337	92	1,25%
2000	7857	99	1,26%
2001	7924	88	1,11%
2002	8255	91	1,10%
2003	7814	87	1,11%
2004	7496	80	1,07%
2005	8521	78	0,92%
2006	8857	77	0,87%
2007	8241	95	1,15%
2008	7738	87	1,12%
2009	8159	77	0,94%
2010	7857	90	1,15%

73; WOODWARD, Bob – ARMSTRONG, Scott, *The Brethren: Inside the Supreme Court*, Simon & Schuster, New York, 1979, pássim.

¹⁷² USSC, *Journal of the Supreme Court of the United States*. El texto completo de los volúmenes correspondientes, a partir de 1993, puede encontrarse en el sitio web de la Corte: <http://www.supremecourt.gov/orders/journal.aspx>.

¹⁷³ Esta columna identifica el período de sesiones (*term*) iniciado en octubre de cada año (es decir, que –por ejemplo- el 2010 corresponde a la actuación de la Corte de octubre de 2010 hasta octubre de 2011).

Es de aclarar que cada período de sesiones de la Suprema Corte se extiende desde el primer lunes de octubre de cada año (28 USC § 2), hasta el día anterior del año siguiente (v. Regla 3, *Supreme Court Rules*). De todos modos, la Corte entra en receso en el mes de julio, por lo que a partir de ese momento no tiene actividad ordinaria (vg., audiencias para la recepción de los argumentos orales de los casos admitidos, sesiones por fuera del cronograma de audiencias programado, acuerdos –*conferences*-), hasta la apertura del nuevo período en octubre de ese año.

La razón por la que, en la actualidad, cada período de sesiones es anual y que no se interrumpe pese a la feria de verano, es que si fuera necesario reunirse y adoptar alguna decisión urgente durante dicho receso (julio a septiembre), no sería necesario convocar a sesiones o acuerdos extraordinarios (v. GRESSMAN – GELLER – SHAPIRO – BISHOP – HARTNETT, *Supreme Court Practice*, ob. cit., 9º ed., pp. 7-9).

Los números son por demás alocuentes respecto de la reducida tasa de admisión de los asuntos que anualmente arriban a los estrados de la Suprema Corte. Poco más del 1% de las peticiones de ‘certiorari’ anualmente articuladas (fuente principal y casi exclusiva de ingreso de causas ante la Corte norteamericana), sorteando al estricto valladar cualitativo analizado.

La cantidad de sentencias pronunciadas cada año por la Corte es igualmente escasa, comparadas con las emanadas en otras latitudes. Incluso, en las últimas décadas, dicho número se vio aun más reducido, cayendo de los 150 pronunciamientos anuales mantenidos históricamente, a menos de 80 en la actualidad.

Suprema Corte EEUU (sentencias pronunciadas)			
Período	Setencias	Decisiones 'per curiam'	Total
1994	82	3	85
1995	75	2	77
1996	80	3	83
1997	91	1	92
1998	75	4	79
1999	74	2	76
2000	77	4	81
2001	76	3	79
2002	71	5	76
2003	73	2	75
2004	74	2	76
2005	69	5	74
2006	67	4	71
2007	67	2	69
2008	74	3	77
2009	73	4	77
2010	75	3	78

Fuente: *USSC - Journal of the Supreme Court*¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Es de advertir que los números corresponden a la cantidad de sentencias dictadas, que puede ser levemente inferior a la de los casos resueltos, dado que una o más causas acumuladas pueden ser decididas con un solo pronunciamiento. Dicha diferencia puede advertirse cotejando en cada uno de los volúmenes del *Journal of the Supreme Court*, la cantidad de casos dirimidos por la Corte y la de sentencias dictadas (así, por ejemplo, para el período 2010, las sentencias y decisiones ‘per curiam’ ascienden a 78, mientras que los casos admitidos y resueltos de ese modo llegan a 86).

Dicha disminución ha sido guiada por diversos factores, sintetizados por calificada doctrina de este modo¹⁷⁵:

En primer lugar, el agravamiento de la discrecionalidad que la Regla 10 le confiere al tribunal para seleccionar los casos a resolver (v. *infra*, ap. 3.2]), aspecto fácilmente explicable: al fijarse estándares más exigentes que los que tradicionalmente permitían justificar el ingreso de una causa ante los estrados de la Corte, esta última cuenta con mayores herramientas normativas para atemperar su carga de trabajo¹⁷⁶. Así, por ejemplo, antes de la reforma de 1995, la Regla 10 determinaba, como parámetro para la admisión del recurso en esta sede, la presencia de decisiones inconsistentes de los tribunales inferiores sobre “cuestiones federales”. En la actualidad, se exige algo más: que la incongruencia en las decisiones recaiga sobre “cuestiones federales importantes”. Por lo que la mera contradicción jurisprudencial sobre tópicos de derecho federal no basta para acordar –permítasenos la expresión- “certioraribilidad” (*certworthyness*) al caso, sino que, además, el debate mismo debe poseer intrínseca relevancia pública nacional. En la misma línea puede mencionarse el agregado que en 1995 se hizo a la parte inicial de la regla de referencia, indicando que el pedido de ‘certiorari’ sólo será admitido frente a razones de peso o determinantes (*compelling reasons*).

Otra hipótesis que se ha intentado desarrollar a la hora de explicar los motivos de este curioso efecto “deflacionario” de la cantidad de causas resueltas anualmente por la Corte, es la atenuación de la eficacia de la regla “de cortesía” conocida como *‘join three’*, por la que los Jueces del máximo tribunal (en general: el Presidente) tradicionalmente acompañan el criterio de tres de sus colegas que votan por admitir un

Cabe también señalar que las decisiones ‘per curiam’ son pronunciamientos definitivos que la Corte dicta, expidiéndose sobre un caso sin utilizar la técnica del voto individual. La opinión personal de un juez queda identificada únicamente cuando formula una disidencia. Se trata de una técnica que, según la práctica general, suele ir acompañada de una fundamentación más reducida.

¹⁷⁵ V. GRESSMAN y otros, ob. cit., 9º ed., pp. 62-64.

¹⁷⁶ Algunos autores han considerado poco significativa la influencia de la reforma de 1988 en tamaño reducción de la carga de trabajo de la Corte (v. HELLMAN, Arthur D. “The Shrunken Docket of the Requist Court”, 1996 *Suprme Court Review* 403, esp. p. 412; MERIWETHER CORDRAY, Margaret – CORDRAY, Richard, “The Supreme Court’s Plenary Docket”, 58 *Washington & Lee Law Review* 737 [2001], esp. pp. 751 y 758).

embate, de modo de completar las cuatro voluntades exigidas por la ‘rule of four’ (v. *infra* ap. 3.4.d)]¹⁷⁷.

También se ha intentado explicar el fenómeno de la disminución de la cantidad de causas que llegan a ser juzgadas en el mérito, en una *visión “elitista” que la Corte habría desarrollado últimamente acerca de su propio rol institucional*¹⁷⁸. En tal sentido, se entiende que el tránsito de las 150 sentencias que tradicionalmente pronunciaba dicho cuerpo anualmente¹⁷⁹, a los 90 fallos que aproximadamente comenzó a dictar a fines de la década del ’80 (menos de 80 pronunciamientos en la última década), demuestra que los integrantes de la Corte han dejado de concebir a este órgano como un instrumento para guiar el desarrollo del derecho y del sistema de justicia del país, pasando a ubicarse más bien como el árbitro final de cuestiones políticas de alto impacto nacional.

Finalmente, se ha asociado la reducción de pronunciamientos de mérito en este ámbito, con la creciente complejidad de los razonamientos necesarios para justificar por escrito las opiniones de los jueces de la Corte, cada vez más dotadas de discrepancias, salvedades personales y notas marginales que ralentizan el producto final¹⁸⁰.

3) El ‘writ of certiorari’ y la selección de casos por parte de la Suprema Corte.

3.1) Antecedentes

“Quizás el factor decisivo en la historia de la Suprema Corte

¹⁷⁷ V., en tal sentido O’BIEN, David M., “Join-3 Votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court’s Shrinking Plenary Docket”, 13 *Journal of Law & Politics* 779 (1997).

¹⁷⁸ Aludiendo a este fenómeno como el desarrollo de una visión “imperial” u “olímpica” del rol de la Corte en el sistema jurídico norteamericano, v. HELLMAN, Arthur D. “The Shrunken Docket ...”, cit., pp. 405 y 433).

Más modernamente, profundizando en esta visión crítica de la reducción de la agenda de la Suprema Corte, v. SHAPIRO, Carolyn, “The Limits of the Olympian Court: Common Law Judging versus Error Correction in the Supreme Court”, en 63 *Washington & Lee Law Review* 271 [2006] (también disponible en: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol63/iss1/7> [Acceso: febrero de 2012]). Se cuestiona allí especialmente la práctica de la Corte de limitarse, al desplegar su función uniformadora, a establecer los estándares generales que deben guiar la solución de un determinado tipo de controversias, sin controlar con posterioridad el buen uso de dichos parámetros por parte de los tribunales inferiores. A este nivel, argumenta la autora, suelen presentarse inconsistencias jurisprudenciales incompatibles con el estado de derecho (*rule of law*), por lo que la Corte debería penetrar también en esta clase de conflictos y no sólo “adoptar un rol Olímpico, anunciando reglas y estándares desde las alturas” (p. 273). En similar sentido: v. STARR, Kenneth, “The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft”, en 90 *Minnesota Law Review* 1363 (también en: http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Starr_Final.pdf [Acceso: febrero de 2012])

¹⁷⁹ V. STRAUSS, Peter, “One hundred and fifty cases per year: some implications of the Supreme Court’s limited resources for judicial review of agency action”, en 87 *Columbia Law Review* 1093 (1987).

¹⁸⁰ V. GRESSMAN y otros, *Supreme Court Practice*, ob. cit., pp. 64.

sea la contracción progresiva de su jurisdicción”
(Felix FRANKFURTER – James LANDIS)¹⁸¹.

La ampliación de la potestad discrecional de determinar la cantidad y calidad de casos a resolver por parte de la Suprema Corte de los Estados Unidos, no fue en ese país una obra sencilla e instantánea derivada de razones autoevidentes emanadas de su cultura jurídica, sino el producto de una tendencia que fue ganando espacio con el tiempo, a través de sucesivas discusiones y decisiones de política judicial.

Cierto es que la restricción del derecho a obtener revisión de las sentencias jurisdiccionales en instancias superiores, encuentra menos reparos en una cultura que resulta heredera de esquemas tradicionalmente restrictivos del ámbito de actuación de cualquier tipo de apelación. Sin embargo, ello no debe llevar a creer que la generalización del amplísimo poder que actualmente se reconoce a la Suprema Corte norteamericana de decidir qué casos decidir, haya sido una derivación natural e irresistible de dicha tendencia cultural. Por el contrario, la actual libertad de la Corte en la definición de su propia agenda puede considerarse como el fruto de una constante y activa reivindicación de dicho cuerpo, tendiente a no quedar atrapado en un cúmulo de tareas que perjudique su misión institucional. Dicha pretensión del máximo tribunal, al igual que en otras latitudes, también encontró en los EEUU la oposición de quienes han visto en dicha atribución discrecional una limitación del derecho a acceder a la máxima instancia del país para revisar los errores e inconsistencias de los tribunales de grado en la interpretación y aplicación de la legislación federal.

En otras palabras, la adopción del actual sistema de selección a través de la generalización del *writ of certiorari* como instrumento prácticamente exclusivo para la apertura de la competencia apelada de la Corte, no fue una decisión autoevidente o exenta de debate, sino el producto de una discutida serie de iniciativas, nacidas del propio seno del alto cuerpo, en las que no faltó la exploración de alternativas diversas, tendientes a paliar la crisis de trabajo que lo fuera sucesivamente afectando.

El *writ of certiorari* encuentra su antecedente remoto en el *common law* inglés, en el que la institución importaba una orden dirigida por un tribunal superior a otro inferior,

¹⁸¹ “Perhaps the decisive factor in the history of the Supreme Court is its progressive contraction of jurisdiction” (FRANKFURTER, Felix – LANDIS, James, *The business of the Supreme Court. A study in the Federal Judicial System*, ob. cit., p. 187 –trad. propia-).

instruyéndolo para que certifique y transfiera las actuaciones de un caso determinado, para poder revisar la decisión atacada¹⁸².

El diseño institucional original de la Suprema Corte de los EEUU, derivado de la *Judiciary Act* de 1789, no se apoyaba en una competencia recursiva de dicha índole, sino que se caracterizó fundamentalmente por el reconocimiento de un mecanismo “reglado” de acceso a sus estrados: el *writ of error*.

Tal esquema, como fuera anticipado, se mantuvo en el tiempo con la persistencia propia de los productos legislativos bien logrados y expandió su influencia más allá de las fronteras (como puede apreciarse en nuestro país al cotejar las causales de procedencia de dicho medio impugnativo y las del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48). Ahora bien, con el transcurso de las décadas, el crecimiento territorial, poblacional y, especialmente, la industrialización y el progreso económico del país, provocaron un efecto multiplicador en la litigiosidad. Dicha secuela se vio especialmente evidenciada en la justicia federal, debido al notable incremento de la regulación económica e intervención de diversas agencias del gobierno nacional en múltiples fases del tracto productivo (competencias cuyo ejercicio potenciaba la sobreexposición de las cortes federales, que eran las competentes para la resolución de los pleitos que dicha normativa generaba).

La Suprema Corte no fue ajena a tales derivaciones, mostrando un crecimiento anual en el nivel de ingreso de causas que rápidamente se mostró como un fenómeno preocupante, necesitado de una solución efectiva. Por fuera de iniciativas como la contratación de personal adicional, el incremento del número de jueces con división del cuerpo cimero en salas y otras propuestas habituales pergeñadas en diversas latitudes frente a dilemas como el referido, el camino fundamental que los Estados Unidos recorrió sucesivamente para lograr una racionalización de la agenda del tribunal supremo federal, fue la paulatina contracción del derecho a acudir a sus estrados. Es

¹⁸² Cabe anticipar que, en la actualidad, en los Estados Unidos, el procedimiento de ‘certiorari’ no demanda necesariamente la emisión de orden alguna al *a quo* para que certifique y remita el expediente original, ya que el pronunciamiento (favorable o desfavorable) de la Suprema Corte puede tener lugar simplemente con las constancias aportadas junto con la presentación del pedido, sin perjuicio –claro está– de la posibilidad de que, a través de su Secretario, el cimero cuerpo requiera tales registros (Regla 16.2, *SCR*). Dispone dicha regla, en la parte pertinente: “Si el expediente no ha sido previamente enviado a esta Corte, el Secretario requerirá al secretario de la corte que esté en posesión del expediente que lo certifique y remita. No se emitirá un writ formal, salvo que fuera especialmente ordenado”. Puede así apreciarse que no sólo en la Argentina se ha perdido el sentido etimológico de la expresión ‘writ of certiorari’

decir, la derogación de las hipótesis de competencia apelada “obligatoria” (fundamentalmente ejercida a través del *writ of error*) y la consecuente ampliación de su jurisdicción discrecional (mediante la dilatación de los alcances del *writ of certiorari* como vía preferencial para lograr que un caso sea revisado en esta instancia)¹⁸³.

Así, para mencionar algunos hitos de dicho proceso, pueden mencionarse la supresión del “derecho” a recurrir ante dicha sede (por vía del *writ of error*) frente a determinadas decisiones de las Cámaras de Apelación federales (1891, *Evars Act*¹⁸⁴) o en materia de bancarrotas (1915) o la limitación más drástica, aprobada en 1916 (*Webb bill*), para remover una significativa cantidad de cuestiones federales de las posibilidades de revisión obligatorias, transformándolas en variantes susceptibles de recepción discrecional por el máximo tribunal.

Sin embargo, el paso más significativo dado en la materia, tuvo lugar en 1925, con la sanción de la ley históricamente conocida como *Judges’ Bill*, por haberse encomendado su elaboración a una comisión integrada por jueces del máximo tribunal¹⁸⁵, norma que expandió ostensiblemente los confines del *writ of certiorari*

¹⁸³ El proceso es destacado por la totalidad de los autores dedicados al tema, siendo resumido con justeza por FRANKFURTER y LANDIS al sostener que: “Quizás el factor decisivo en la historia de la Suprema Corte es la contracción sucesiva de su competencia Mecanismos familiares para lidiar con el incremento del trabajo, como la incorporación de personal fueron descartados. Las propuestas serias formuladas de vez en cuando para incrementar los integrantes de la Corte, añadir jueces temporarios, dividir una Corte ampliada en salas, no prevalecieron. Existen límites intrínsecos al tamaño de una corte, si se necesita que sea un instrumento coherente para afrontar sus tareas que, al mismo tiempo, observe la necesidad de análisis y deliberación” (ob. cit., p. 187).

¹⁸⁴ La ‘Evars Act’ o ‘Circuit Court of Appeals Act’, además de crear dichos tribunales federales de segunda instancia, estableció ciertas hipótesis en las que las decisiones de tales cuerpos sólo serían susceptibles de revisión ante la Suprema Corte según la sana discreción de esta última (es decir, por vía de ‘certiorari’).

¹⁸⁵ El Comité encargado de la elaboración de la propuesta presentada por la Suprema Corte norteamericana ante el Congreso en el año 1922, que luego se transformara en la *Judges’ Bill* (1925), estaba presidido por el titular de dicho cuerpo, William TAFT y los jueces DAY (luego reemplazado por SUTHERLAND), VAN DEVANTER y MC REYNOLDS.

La actuación del primero, como precursor fundamental de la reforma de la organización de la justicia federal (y, en particular, de la limitación de la sobrecarga que afectaba el buen funcionamiento de la Suprema Corte), ha sido destacada reiteradamente por los estudiosos de esta reforma, central en la historia del cimerpo tribunal norteamericano (v. FISH, Peter G., “William Howard Taft and Charles Evans Hughes: Conservative politicians as chief judicial reformers”, en *Supreme Court Review*, 1975, pp. 123-145; FRANKFURTER – LANDIS, *The business of the Supreme Court ...*, ob. cit., pp. 227-229 y 259-260; HARTNETT, Edward A., “Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the judges’ bill”, en 100 *Columbia Law Review* 1643, esp. pp. 1660-1704).

Es de señalar que, pese a la importancia de la norma, y contradiciendo la tradición del parlamento norteamericano de brindar un análisis agudo y una discusión informada frente a reformas significativas de la organización de la justicia federal, la *Judges’ Bill* no mereció mayores objeciones durante el debate parlamentario. También cabe poner de resalto que la iniciativa mereció en ese momento la aprobación de la corporación forense (*American Bar Association*), pese a que la iniciativa privaba a los litigantes del “derecho” a obtener la revisión de un caso ante la Suprema Corte. La explicación del aval de dicha asociación profesional a la reforma es que la misma coadyuvaría a una mejor administración de justicia, fundamentalmente al dotar

transformando a la jurisdicción discrecional de la Suprema Corte estadounidense en una regla con escasas excepciones.

Algo más de seis décadas más tarde, en 1988, mediante la denominada *Supreme Court Case Selection Act*, dicha metamorfosis se completó, al disponerse la virtual eliminación de las hipótesis de apelación “obligada”, que la legislación de 1925 había conservado residualmente¹⁸⁶.

En efecto, hasta 1988, permanecían algunas hipótesis en las que las partes conservaban un “derecho” limitado de acudir ante la Suprema Corte, por apelación y no por vía de ‘certiorari’. Entre ellas, se encontraban las previsiones de las §1257 y §1258, en las que se establecía la competencia apelada “obligatoria” del máximo tribunal para casos en los que un tribunal estadual de última instancia: (i) hubiera invalidado un tratado o una ley de los Estados Unidos (esto es: una ley federal); o (ii) hubiera declarado válida una ley local denunciada como repugnante a la Constitución, tratados o leyes de los Estados Unidos. Es decir, que en los casos en los que se articulaba una cuestión federal compleja (vg., contraposición de leyes locales y normas integrantes del bloque federal) y la decisión era contraria a la validez de la legislación federal, el caso debía ser revisado por la Corte, sin contar este cuerpo con la posibilidad de decidir si, por su relevancia, el debate era digno de su atención¹⁸⁷. En los restantes casos, la vía de impugnación idónea era el ‘*writ of certiorari*’.

de mayor celeridad a la resolución final de los pleitos (v. FRANKFURTER – LANDIS, *ibíd.*, p. 273-280; HARTNETT, “Questioning ...”, *cit.*, esp. pp. 1702-1703).

¹⁸⁶ Para un análisis de esta última modificación, v. BOSKEY, Bennett - GRESSMAN, Eugene, “The Supreme Court Bids Farewell to Mandatory Appeals” 121 *Federal Rules Decisions* 81 (1988).

¹⁸⁷ V. para una explicación de estas hipótesis de *mandatory appeal* vigentes con anterioridad a la reforma de 1988, WRIGHT, Charles, *Law of Federal Courts ...*, *ob. cit.*, 4º ed., 1983, pp. 733-734; 737-738 y 753; GRESSMAN y otros, *Supreme Court ...*, *ob. cit.*, pp. 148-149).

Ya hemos visto que, para algunos autores, la interpretación dada a recaudos como el de la necesidad de que las cuestiones federales sean “sustanciales”, terminaba borrando algunas de las diferencias entre la jurisdicción obligada (*mandatory appeal jurisdiction*) y discrecional de la Corte (v. *supra*, ap. 2.2.b], *in fine*). Sin embargo, durante la vigencia del régimen anterior, el alto cuerpo en alguna oportunidad se había quejado de la necesidad de pronunciarse en determinado tipo de casos que, a juzgar por su relevancia, no hubieran superado el test aplicado para conceder un *writ of certiorari*: “No aparece que el caso presente una cuestión de derecho federal importante que esta Corte no haya resuelto o no deba decidir [...] Sin embargo, este caso se enclava en nuestra jurisdicción obligada, 28 USC § 1257[2], y el Congreso no nos ha autorizado a considerar estos factores para decidir si corresponde emitir un pronunciamiento de mérito en este caso” (Suprema Corte EEUU, *Rockford Life Insurance Co. V. Illinois Department of Revenue*, 428 US 182, 184 [1987], *cit.* por GRESSMAN y otros, *ibíd.*).

Las dificultades que ocasionaba la interpretación de dichas cláusulas habían motivado las críticas del mismo tribunal supremo norteamericano, que nuevamente fueron escuchadas por el parlamento.

Finalmente, el 27 de junio de 1988, luego de recabar informes de destacadas reparticiones y organismos especializados (vg., el Departamento de Justicia, la *American Bar Association*, el *American Law Institute*, etc.), que unánimemente se pronunciaron por la desaparición de las hipótesis remanentes de jurisdicción apelada obligatoria de la Corte, el Congreso aprobó dicha iniciativa, dejando al ‘certiorari’ como camino prácticamente exclusivo de actuación ante los más altos estrados del país.

3.2) *La Regla 10 de las ‘Supreme Court Rules’. Criterios para la determinación de la trascendencia de un caso.*

A diferencia de lo que ocurre en nuestro medio (tanto en el ámbito de la Corte Suprema de la Nación como en el de la Provincia de Buenos Aires), la Corte de los Estados Unidos ha explicitado los parámetros generales a tener en cuenta para juzgar si una cuestión tiene importancia suficiente como para suscitar la apertura de su competencia apelada.

A título general, según ha sido anticipado en los desarrollos precedentes, tales criterios reposan fundamentalmente en la relevancia de las cuestiones a dirimir y en el impacto general que un pronunciamiento de la Corte tendrá en el desarrollo del derecho norteamericano, más que en la verificación de la existencia de errores en el pronunciamiento atacado. Como lo expresara el Presidente de la Corte, Fred VINSON, en 1949:

“La Suprema Corte no está, y nunca lo estuvo, primordialmente interesada en la corrección de errores en las decisiones de las cortes inferiores. En casi todos los casos de la jurisdicción apelada de la Corte, el peticionante ya ha recibido una revisión en apelación de su caso. Los debates de la Convención Constituyente dejan en claro que el propósito de establecer un tribunal supremo nacional fue, en las palabras de John Rutledge de Carolina del Sur, ‘asegurar los derechos nacionales y la uniformidad de las decisiones’. La función de la Corte, por ende, es resolver conflictos de interpretación sobre cuestiones federales que se hayan suscitado en las cortes inferiores, abordar cuestiones de amplia importancia en torno a la Constitución, las leyes y tratados de los Estados Unidos, y ejercer poder de supervisión sobre los tribunales federales. Si tomáramos todo caso en el que se presentara una cuestión

jurídica interesante, o en el que nuestra impresión *prima facie* nos indicara que la decisión atacada es errónea, no podríamos cumplir las responsabilidades constitucionales y legales colocadas en cabeza de la Corte. Para mantenerse efectiva, la Suprema Corte debe continuar decidiendo sólo aquellos casos que presentan cuestiones cuya resolución tendrá importancia inmediata mucho más allá de los hechos particulares del caso y de las partes involucradas en el mismo. Aquellos de ustedes a quienes la Suprema Corte les ha concedido la petición de certiorari, deberán saber, por consiguiente, que, en cierto sentido, están procurando o defendiendo acciones de clase; que están representando no sólo a sus clientes, sino principios muy importantes, sobre los que se basan los planes, esperanzas y aspiraciones de una gran cantidad de personas en todo el país”¹⁸⁸.

Actualmente, en la regla 10 de las *Supreme Court Rules*, titulada “Consideraciones que gobiernan la revisión por certiorari”, se establecen algunos lineamientos generales destinados a guiar al intérprete respecto de los estándares que utilizará el máximo tribunal para seleccionar los casos a decidir en el fondo.

Los parámetros aludidos, como la misma norma lo aclara, son enunciativos, es decir, que no agotan ni constriñen el ejercicio de la discrecionalidad que la ley confiere a la Corte para definir su agenda. Por otra parte, los estándares de la citada reglamentación complementan la § 1257 del *US Code* (28 USC §1257), que –como fuera adelantado (v. *supra*, ap 2.2.b)]- regula la competencia material apelada de la Suprema Corte respecto de decisiones de los tribunales superiores estatales.

Aun cuando no establezca criterios exhaustivos¹⁸⁹, la enunciación contenida en la Regla 10 consituye al menos un norte para orientar a quien presenta un caso ante los más altos estrados de ese país. Es decir, que pese a que la Corte conserva la potestad de apartarse de tales criterios, guiada por el amplio estándar general de la relevancia de los asuntos a dirimir, lo cierto es que esta clase de reglamentaciones opera como un paso inicial para hacer públicas las razones que, al menos, orientarán a la Corte en esta faena. Por debajo de este recaudo mínimo (esto es: en ausencia de una norma de este género),

¹⁸⁸ VINSON, Fred, “Work of the federal courts”, Exposición ante la *American Bar Association* (septiembre, 1949), citada por numerosos autores como GRESSMAN y otros, *Supreme Court Practice*, cit. p. 236; SHAPIRO, Carolyn, “The Limits of the Olympian Court ...”, cit., pp. 283-284, nota 49; PERRY, *Deciding to decide ...*, cit., pp. 35-36.

¹⁸⁹ Más críticamente se ha considerado que las definiciones de la Regla 10 son “tautológicas” (PERRY, *Deciding to decide ...*, ob. cit., p. 34 y 221). Sin embargo, GRESSMAN y los coautores de su obra dedicada a la Suprema Corte norteamericana, entienden que un intento de brindar a estos criterios mayor precisión sería “de alguna manera temerario” (GRESSMAN y otros, *Supreme Court Practice*, ob. cit., p. 239).

la selección pierde transparencia, como ocurre en la Argentina (v. *supra*, capítulo segundo, par. II, ap. 3.4).

Dispone la Regla 10 de las *Supreme Court Rules*:

“Regla 10. Consideraciones que rigen la revisión por certiorari.

La revisión mediante writ of certiorari no es una cuestión de derecho, sino de discreción judicial. Una petición para obtener un writ of certiorari sólo será concedida por razones determinantes. Las siguientes, pese a no controlar ni medir plenamente la discreción de la Corte, indican el carácter de las razones que la Corte considera:

(a) una corte de apelación de los Estados Unidos ha dictado una decisión en conflicto con la decisión de otra corte de apelación de los Estados Unidos en el mismo asunto importante; ha decidido una cuestión federal importante de una manera que entra en conflicto con una decisión de un tribunal superior estadual de última instancia; o se ha apartado de tal manera de los procedimientos aceptados y usuales, o sancionado tal tipo de apartamiento por un tribunal inferior, como para llamar al ejercicio del poder de supervisión de esta Corte;

(b) un tribunal estadual de última instancia ha decidido una cuestión federal importante de una manera que entra en conflicto con la decisión de otro tribunal estadual de última instancia o de una corte de apelación de los Estados Unidos.

(c) una corte estadual o una corte de apelación de los Estados Unidos ha decidido una cuestión importante de derecho federal que no ha sido, pero debiera haber sido, resuelta por esta Corte, o ha decidido una cuestión federal importante de manera que entra en conflicto con decisiones relevantes de esta Corte.

Una petición de writ of certiorari será excepcionalmente concedida cuando el error denunciado consiste en una determinación errónea de los hechos o en la errónea aplicación de una regla de derecho adecuadamente declarada”.

Algunas apreciaciones generales pueden extraerse de esta serie de parámetros determinados por la Corte, relativos a la procedencia del ‘writ of certiorari’ en los Estados Unidos.

En primer lugar, cabe advertir el carácter excepcional con el que el lenguaje mismo de la regla se refiere a los criterios que rigen la admisión del ‘certiorari’. En efecto, los estándares mencionados poseen una nota genérica distintiva (acompañada gramaticalmente por una marcada adjetivación): su excepcionalidad. Dicha cualidad fue especialmente destacada con la reforma aprobada en 1995 a la regla de referencia, oportunidad en la que –como fuera anticipado- se añadieron referencias como la

necesidad de que las razones para conceder sean “determinantes” o contundentes (*compelling reasons*) o la exigencia que los conflictos jurisprudenciales de los tribunales inferiores recaigan sobre materias relevantes.

Un segundo elemento a tener en cuenta, es la relevancia que poseen, en este elenco, los estándares asociados con la *función uniformadora* de la jurisprudencia en torno a cuestiones federales o emanadas de la justicia federal. Así, por ejemplo, las referencias a (i) los conflictos entre decisiones de dos o más cámaras de apelación federales sobre temas importantes; (ii) las inconsistencias jurisprudenciales entre dichas cámaras federales y los superiores tribunales estatales, o entre dos o más superiores tribunales estatales entre sí, sobre cuestiones federales importantes; iii) el desconocimiento de jurisprudencia relevante de la Suprema Corte, por parte de los tribunales de apelación federales o cortes estatales.

Dicho impacto esperable de la decisión como instrumento para poner fin a conflictos de jurisprudencia entre tribunales inferiores sobre cuestiones importantes de derecho (en particular, de derecho federal), ha sido considerado un elemento crítico para incrementar las chances de que un caso supere el valladar del ‘certiorari’¹⁹⁰. Sin embargo, varios autores se han mostrado disconformes por el desconocimiento de este estándar en diversas oportunidades en las que la Corte denegó el ‘certiorari’, pese a tener la oportunidad de poner fin en el caso a interpretaciones contrastantes evidenciadas ante los tribunales inferiores sobre la materia en discusión¹⁹¹.

¹⁹⁰ Analizan estadísticamente este factor MERIWETHER CORDRAY, Margaret – CORDRAY, Richard, “Strategy in Supreme Court Case Selection...”, cit., p. 8. Ejemplos de la utilización explícita de ese criterio en la jurisprudencia de la Corte, pueden encontrarse en GRESSMAN y otros, *Supreme Court Practice*, ob. cit., pp. 241-259; SMITH, Kevin, “Justice for all?: the Supreme Court’s denial of pro se petitions for certiorari”, en *Albany Law Review* [63 Alb. L. Rev. 381], 1999, nota 69.

Para un estudio de los parámetros que deberían ser tenidos en cuenta para la concesión del certiorari en las hipótesis de conflicto jurisprudencial (sea entre los tribunales inferiores o entre éstos y la Suprema Corte), v. STURLEY, Michael F., “Observations on the Supreme Court’s Certiorari Jurisdiction in Intercircuit Conflict Cases”, en *Texas Law Review* [67 Tex. L. Rev. 1251], 1989; LONG, Thomas J., “Deciding whether conflicts with Supreme Court precedent warrant certiorari”, en *New York University Law Review* [59 N.Y.U.L. Rev. 1104], noviembre 1984.

¹⁹¹ Varios son los trabajos y comentarios que adoptan esta visión crítica, pudiendo citarse ejemplificativamente: ZIMMERMAN, Scott P., “Hughes Aircraft and the Warner-Jenkinson Presumption: The Certiorari That Should Have Been”, en *IDEA: The Journal of Law and Technology* [40 IDEA 131], 2000 [cuestionando el rechazo del certiorari por parte de la Suprema Corte, en un caso que –a juicio del autor– hubiera podido clarificar notorias ambigüedades e inconsistencias jurisprudenciales existentes en un aspecto del derecho de marcas y patentes]; MALONE GARRISON, Heather, “Confusion reigns supreme: the United States Supreme Court’s refusal to grant certiorari in *L. R. Willson and Sons, Inc. v. OSHRC* perpetuates the split among circuits in osha employee misconduct cases”, *West Virginia Law Review* [101 W. Va. L. Rev. 475] 1998 [también criticando la denegación de certiorari por la USSC en un caso que podría haber dspejado

Asimismo, puede destacarse la referencia concreta a una hipótesis de control constitucional asociado primordialmente con el *ius litigatoris*, como es la preservación de garantías constitucionales desconocidas en el caso concreto. Es el supuesto de la supervisión que la Corte puede ejercer respecto de la regularidad de los procedimientos llevados a cabo ante la justicia federal (Regla 10, ap. a] *in fine*).

Finalmente, la referencia contenida en el párrafo de cierre de la norma (añadido en la reforma de 1995), destaca un aspecto que prácticamente no necesitaba ser mencionado como criterio restrictivo, aunque parece tener relevancia para destacar que –aun excepcionalmente– la Corte podrá ingresar en categorías de problemas que usualmente no poseen repercusión general: el control de la correcta determinación de los hechos y de la adecuada aplicación de una regla de derecho (cuya interpretación no se pone especialmente en crisis) al caso de marras.

Estas excepcionalísimas hipótesis en las que la Corte decide ingresar en la revisión de errores de juzgamiento que interesan principalmente a las partes en conflicto (aquellas a las que la Regla 10 *in fine* alude como situaciones en las que infrecuentemente –‘rarely’– serán pasibles de certiorari), el criterio primordial utilizado para juzgar la admisión está constituido por el carácter evidente, manifiesto o intolerable del error cometido. Dicha flagrancia (*egregiousness*) del vicio, según se expresa en la investigación conducida por PERRY, da lugar a la concesión del ‘certiorari’ preferentemente (aunque –repetimos– de modo absolutamente excepcional) en dos tipos de situaciones: i) cuando se hubiera cometido una “injusticia notoria” en la decisión; o ii) cuando el *a quo* se hubiera apartado abiertamente de un precedente del máximo tribunal¹⁹².

3.3) Estudios empíricos. Criterios formales e informales que definen la trascendencia de un asunto.

contradicciones de jurisprudencia, en el ámbito del derecho laboral]; ARONSTAM, Bradley R., “The Private Securities Litigation Reform Act of 1995's paradigm of ambiguity: a circuit split ripe for certiorari” en *Hofstra Law Review* [28 Hofstra L. Rev. 1061], 2000 [explicando la necesidad de que la Suprema Corte intervenga por vía de certiorari para poner fin a la diversidad de interpretaciones entre las cortes de circuito, relativas a las siempre polémicas condiciones para postular adecuadamente la pretensión en las acciones vinculadas con el mercado de capitales]; en el mismo sentido: FOWELL, Jason L., “The Private Securities Litigation Reform Act of 1995 Writ for Certiorari” en *South Texas Law Review* [44 S. Tex. L. Rev. 809], 2003; STARR, Kenneth, “The Supreme Court and its Shrinking Docket ...”, cit., *pássim*, relevando diversos problemas de derecho en los que la Corte, por reservarse –a juicio del autor– un rol “olímpico”, se abstuvo de cumplir su rol uniformador en casos de conflictos jurisprudenciales relevantes (o, en ocasiones, pese a remediar dichas inconsistencias, tardó demasiado en pronunciarse sobre el punto, v. esp. pp. 1382-1385).

¹⁹² PERRY, *Deciding ...*, ob. cit., pp. 265-268.

En la literatura norteamericana especializada puede encontrarse una importante serie de estudios dedicados a penetrar en los criterios materiales de valoración que la Corte tiene en cuenta, para examinar la admisión de las peticiones de ‘certiorari’ incoadas ante sus estrados¹⁹³.

Los resultados de dichas investigaciones arrojan parámetros variables, algunos de los cuales coinciden con los estándares establecidos en la reglamentación a la que nos refiriéramos en el apartado anterior (Regla 10, SCR). Así ocurre, por ejemplo, con los supuestos de jurisprudencia contradictoria de los tribunales inferiores, inconsistencia que –como fuera anticipado- al ser demostrada incide favorablemente en la concesión del embate.

Otros de los criterios examinados, por el contrario, no tienen un enclave siquiera aproximado en dicha fuente normativa, configurando un elenco de factores informales tenidos en cuenta como hipótesis de trabajo de distintas investigaciones que intentan penetrar empíricamente en los elementos de convicción aplicados por la Corte en este proceso de selección.

Sin pretender agotar los ensayos que adoptan esta modalidad de trabajo, es posible mencionar algunas de estas teorías, ya que constituyen interesantes intentos de descifrar los criterios materiales (no reglados) que los jueces de la Corte (y demás

¹⁹³ V., entre otros, PERRY (Jr.), *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, esp. capítulos 7 y 8 pp. 198-269; ESTREICHER, Samuel - SEXTON, John, *Redefining the Supreme Court's role: a theory of managing the federal judicial process*, Yale University Press, New Haven, 1986, esp. pp. 76-103; EPSTEIN, Lee – SEGAL, Jeffrey A. – VICTOR, Jennifer, “Dynamic Agenda-Setting on the United States Supreme Court: An Empirical Assessment”, en *Harvard Journal on Legislation* [39 Harv. J. on Legis. 395]; SMITH, Kevin H., “Certiorari and the Supreme Court agenda: an empirical analysis”, *Oklahoma Law Review* [54 Okla. L. Rev. 727], 2001; BRENNER, Saul, “The New Certiorari Game”, *The Journal of Politics* [41 J. Pol. 649], 1979; *id.*, “Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies”, *Law Library Journal* [92 Law Libr. J. 193], 2000; MERIWETHER CORDRAY, Margaret – CORDRAY, Richard, “Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship Between Certiorari and the Merits”, *Ohio State Law Journal* [69 Ohio St. L.J. 1], 2008; *id.*, “The philosophy of certiorari: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection”, *Washington University Law Quarterly* [82 Wash. U. L. Q. 389], 2004; TIBERI, Todd J., “Supreme Court denials of certiorari in conflicts cases: percolation or procrastination?”, *University of Pittsburgh Law Review* [54 U. Pitt. L. Rev. 86], 1993; THOMPSON, David C. – WACHTELL, Melanie F., “An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for the views of the Solicitor General”, *George Mason Law Review* [16 Geo. Mason L. Rev. 237], 2009; HANNAH, Jessica L. – MC LAUGHLIN, Kevan P. “On certiorari to the Ninth Circuit Court of Appeals: the Supreme Court’s review of Ninth Circuit cases during the October 2006 term”, en *Golden Gate University Law Review* [38 Golden Gate U.L. Rev. 409], 2008; SWANSON, Joseph W., “Experience matters: the rise of a Supreme Court bar and its effect on certiorari”, en *The Journal of Appellate Practice and Process* [9 J. App. Prac. & Process 175], 2007; CALDEIRA, Gregory A. - WRIGHT, John R., “Organized Interests and Agenda-Setting in the U.S. Supreme Court”, en *The American Political Science Review*, Vol. 82, n° 4, 1988, pp. 1109-1127.

operadores del sistema) siguen a la hora de valorar aquello que debería constituir anualmente la agenda del máximo tribunal.

Una de las teorías a las que haremos referencia es la del “voto estratégico”, que hace hincapié en la incidencia que posee, para cada ministro del alto cuerpo, el resultado final que tendrá su posición sobre el fondo del asunto, una vez concluido el trámite y la deliberación del caso. En este orden de consideraciones, se ha entendido que un juez que sabe anticipadamente que su postura sobre el tema a dirimir quedará en minoría al momento de pronunciarse sobre el mérito, tenderá a expedirse negativamente acerca de la concesión del ‘certiorari’ en la fase de admisión (fenómeno que algunos autores han dado en llamar *defensive denial*)¹⁹⁴. Se trata, como puede fácilmente advertirse, de un criterio no sólo informal, sino directamente ajeno a toda valoración de la importancia que tenga el asunto a resolver, ya que implica pronunciarse sobre el punto utilizando un *parámetro puramente estratégico*: puede tratarse de un tópico de máxima repercusión pública e institucional pero, como la postura del magistrado no triunfará en el fondo, decide obstruir su paso, procurando que el debate no ingrese en la agenda de la Corte. Equivale, de alguna manera, a la práctica parlamentaria de no dar ‘*quorum*’ para la discusión de una ley que se sabe que será aprobada si se habilita el espacio para la discusión en el plenario.

Otro factor interesante que ha sido identificado en algunos relevamientos, es el grado de madurez que las cuestiones debatidas han alcanzado en la opinión pública, en la experiencia tribunalicia o en la cultura política media. Se trata de un criterio que también puede llevar a desestimar recursos que portan cuestiones verdaderamente trascendentes, aunque no lo suficientemente “maduras” o “tamizadas” (*precolated*) en la sociedad o en los tribunales, como para ser definitivamente dirimidas por la Suprema

¹⁹⁴ El modelo de análisis estratégico de las resoluciones sobre ‘certiorari’ es especialmente defendido por BRENNER, Saul, “The New Certiorari Game”, cit., *pássim*; *id.*, “Granting Certiorari ...”, cit., esp. pp. 196-197. Asimismo, entre otros autores, se refieren a este elemento como uno de los factores de decisión MERIWETHER CORDRAY – CORDRAY, “Strategy in Supreme Court Case Selection ...”, cit., esp. pp. 12-15; *id.*, “The philosophy of certiorari, cit., pp. 414-415.

PERRY analiza también este fenómeno e indaga sobre la alternativa opuesta al “*defensive denial*”, que denomina “*aggressive grant*”, es decir, la tendencia de un juez a conceder el ‘certiorari’, aun en ausencia de los requisitos que ordinariamente lo llevarían a votar de ese modo, cuando estime que su posición posiblemente prospere en el fondo (v. PERRY, *Deciding to decide ...*, ob. cit., pp. 198-215; en similar línea: BOUCHER, Robert – SEGAL, Jeffrey, “Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Offensive Grants and Defensive Denials”, *The Journal of Politics* [54 J. Pol. 824], 1995).

Corte, teniendo presentes los efectos que una decisión del género conllevaría¹⁹⁵. En este aspecto, el ‘certiorari’ se exhibe como uno de los instrumentos de autolimitación o silencio estratégico, ese arte que tantos autores han destacado como uno de los más refinados mecanismos políticos de los tribunales superiores¹⁹⁶.

La dinámica política y la adaptación de la cosmovisión de los jueces de la Corte a las mutaciones ideológico-políticas de las restantes ramas gubernaamentales (poderes legislativo y ejecutivo), también han sido elementos considerados como hipótesis de trabajo en la indagación de los criterios concretos que llevan al máximo tribunal a admitir o denegar el ‘certiorari’¹⁹⁷.

También se ha llegado a evaluar la importancia de hipótesis de conflicto institucional entre la Corte Suprema y ciertos tribunales inferiores, como explicación de la diferente tasa de admisión de recursos deducidos contra decisiones de los diferentes circuitos. En este sentido puede mencionarse la citada investigación de HANNAH y MC LAUGHLIN, en la que se evalúa la aplicación del ‘certiorari’ de acuerdo con las Cámaras

¹⁹⁵ V. TIBERI, Todd J., “Supreme Court denials of certiorari in conflicts cases: percolation or procrastination?”, en *University of Pittsburgh Law Review* [54 U. Pitt. L. Rev. 86], 1993 (analizando la denegación del certiorari en casos complejos y la tendencia de la Corte a que dicho tipo de conflictos “maduren” ante los tribunales inferiores antes de ingresar en el tema, aun a riesgo de tolerar durante un tiempo la existencia de sentencias contradictorias sobre una misma cuestión); v. asimismo PERRY, *Deciding to decide ...*, ob. cit., pp. 255-259, haciendo referencia a la importancia del ‘timing’ en la resolución de cuestiones constitucionales relevantes e indagando, a través de su metodología de entrevistas a jueces y relatores de la Corte, en la presencia de cuestiones que, pese a mostrarse importantes para múltiples operadores, estaban aún “calientes” (*too hot*) para ser resueltas en un momento determinado.

¹⁹⁶ La bibliografía sobre las “virtudes pasivas” de la Suprema Corte (que no se agota en los casos denegación “estratégica” del certiorari) es extensa. Nos basta con citar a dos autores con visiones enfrentadas acerca de la valoración de dichas estrategias de “elusión” por parte de la Suprema Corte: BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London, 2º ed., 1986, pp. 111-198; GUNTHER, Gerald, “The subtle vices of the ‘passive virtues’. A comment on principle and expediency in judicial review”, en *Columbia Law Review*, vol. 64, 1964, pp. 1-25. V. asimismo el estudio comparativo de BARSOTTI, Vittoria, *L’arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, ob. cit., pássim.

¹⁹⁷ EPSTEIN, Lee – SEGAL, Jeffrey A. – VICTOR, Jennifer, “Dynamic Agenda-Setting on the United States Supreme Court: An Empirical Assessment”, cit., autores que se basan en la teoría dinámica de la interpretación jurídica de William ESKRIDGE, Jr., según la cual –sintéticamente expresado– los jueces deben (y de hecho lo hacen) interpretar la ley en línea con las preferencias de los actores políticos *contemporáneos*, en vez de acudir a la intención del legislador original (el que aprobó la norma). Y ello es así, aun cuando el intérprete no comparta tales preferencias, hipótesis en la cual, estratégicamente, no le conviene seguir su ideario sin tener en cuenta el de los protagonistas políticos actuales.

Dicha línea, para los autores, es tenida en cuenta por la Suprema Corte en el ámbito específico que aquí se estudia, esto es: en la selección de las causas dignas de ser resueltas por dicho tribunal. En tal sentido, se apartan de las teorías que se basan fundamentalmente en aspectos de la dinámica interna de la Corte (vg., el voto estratégico de quien piensa que su postura triunfará en el mérito) o del poder judicial (vg., inconsistencias jurisprudenciales de los tribunales inferiores), apoyándose fundamentalmente en un factor exógeno: la percepción que los jueces hacen del ambiente político de turno (sobre el que asumen, agregamos, una visión condescendiente por parte de los magistrados del máximo tribunal).

de Apelación de las que proviene la decisión atacada, para verificar, especialmente en el caso de la Corte de Apelación del 9º circuito, si existe efectivamente una “tensión” o “conflicto” entre dicho cuerpo jurisdiccional y la Suprema Corte norteamericana que incida sobre una mayor tasa de revisión de las decisiones de aquella¹⁹⁸.

Otros estudios han destacado la influencia que posee, para la concesión del ‘certiorari’, la circunstancia de que el fallo en crisis provenga de un tribunal de apelaciones integrado en pleno. Se ha entendido en este sentido que, como las cámaras de apelación sólo resuelven en plenario excepcionalmente (vg., frente a temas importantes o que hayan generado inconsistencias internas entre las diversas salas que la componen), la materia decidida de ese modo tiene mejores posibilidades de ingresar ante la Suprema Corte¹⁹⁹.

También, desde una perspectiva más orientada a las partes en conflicto, se ha explorado la influencia que, en la concesión del ‘certiorari’, posee la circunstancia de haber sido el recurso elaborado por abogados especializados en la práctica profesional ante la Suprema Corte²⁰⁰, o el hecho de estar avalada la presentación por el representante del gobierno federal en esta sede (*Solicitor General*)²⁰¹ u otros grupos de interés, interviniendo como *amicus curiae*²⁰².

¹⁹⁸ V. HANNAH, Jessica L. – MC LAUGHLIN, Kevan P. “On certiorari to the Ninth Circuit Court of Appeals’ ...”, cit., pássim.

¹⁹⁹ GEORGE, Tracey E. – SOLIMINE, Michael E., “Supreme Court Monitoring of the United States Courts of Appeals En Banc”, en *Supreme Court Economic Review* [9 S. Ct. Econ. Rev. 171], 2001.

²⁰⁰ V. SWANSON, Joseph W., “Experience matters: the rise of a Supreme Court bar and its effect on certiorari”, en *The Journal of Appellate Practice and Process* [9 J. App. Prac. & Process 175], 2007.

²⁰¹ V. DEEN, Rebecca – IGNANI, Joseph – MEERNIK, James, “The solicitor general as amicus, 1953 – 2000: How influential?”, en *Judicature*, vol. 87, n° 2, Sept. – Oct. 2003, pp. 60-71; THOMPSON, David C. – WACHTELL, Melanie F., “An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for the views of the Solicitor General”, *George Mason Law Review* [16 Geo. Mason L. Rev. 237], 2009, esp. pp. 67-68.

Es de recordar que el *Solicitor General* es el representante de los Estados Unidos en todo litigio en el que éste o cualquier agencia del gobierno federal sean parte. Lo que lo lleva a responder todos los pedidos de ‘certiorari’ en los que dichos sujetos hayan intervenido, además de poder actuar como *amicus curiae*. Si bien reporta al Procurador General (*Attorney General*), el *Solicitor General* tiene una posición especial en su estructura, ya que es designado y removido por el Presidente de los Estados Unidos (SEGAL, Jeffrey A. “Amicus curiae briefs by the solicitor general during the Warren and Burger Courts. A reserch note” en *The Western Political Quarterly*, vol. 41, n° 1, Marzo 1998, pp. 135-144, esp. p. 136); SHAPIRO, Stephen M., “Certiorari practice: the Supreme Court’s shrinking docket”, 24 *Litigation* 25 (también en: <http://www.appellate.net/articles/certpractice.asp#1>).

²⁰² V. CALDEIRA - WRIGHT, “Organized Interests and Agenda-Setting in the U.S. Supreme Court”, cit., pássim. Los autores parten de la base de considerar que los jueces de la Corte seleccionan los casos a resolver según su preferencias político-ideológicas y procuran abrir la competencia apelada del tribunal en los casos que tengan la mayor importancia práctica. En dicho contexto, apuntan su investigación al proceso por el cual los magistrados del alto cuerpo se informan acerca del impacto que la decisión tendrá sobre la realidad del país, afirmando que la repercusión potencial de un caso es proporcional a la demanda que las partes y quienes

3.4) Funcionamiento del ‘certiorari’. Procedimiento para la decisión.

a) Generalidades

Desandaremos en este apartado el procedimiento seguido por la Suprema Corte norteamericana para el análisis y decisión de los pedidos de revisión dirigidos ante sus estrados²⁰³.

Las peticiones de ‘certiorari’ ingresan directamente al máximo tribunal, siendo posible enviarlas por correo o presentarlas personalmente ante el Secretario (*Clerk*)²⁰⁴.

El acto de marras contiene fundamentalmente un pedido dirigido a la Suprema Corte en el que la parte total o parcialmente perdedora expresa los motivos por los que aquélla debería ejercitar su potestad discrecional de admitir el recurso y revisar la decisión atacada. Las exigencias particulares de contenido están detalladas en la Regla 14 de las *Supreme Court Rules*, según la cual la pieza en cuestión debe especificar: a) las cuestiones sometidas a revisión, precisamente identificadas, sin reiteraciones innecesarias; b) el listado de las partes; c) una tabla de contenidos y de autoridades citadas, en caso que la presentación supere las 1.500 palabras; d) citas de los reportes oficiales y no oficiales en los que se haya incorporado la sentencia u opiniones de los tribunales inferiores o agencias administrativas; e) una declaración sintética en torno a

se presentan como *amicus curiae* realizan ante la Corte requiriendo un pronunciamiento de mérito sobre el punto controvertido. La tesis puede resumirse en dos conclusiones fundamentales: i) que la participación de las organizaciones representativas de intereses proveen información significativa para que los jueces del máximo tribunal evalúen la importancia de un asunto; ii) que estos últimos infieren dicha repercusión observando la extensión de la actividad de los *amicus* en un caso concreto (sea que se trate de presentaciones a favor o en contra de la concesión del ‘certiorari’). Es decir, que una mayor cantidad de presentaciones de este tipo permiten pronosticar mejores perspectivas de admisión del caso y pueden pesar más en la selección que la calidad de los argumentos sustanciales desarrollados en el pedido de revisión.

²⁰³ V. sobre el tema, WASBY, Stephen, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Holt, Reinhart & Winston, 2º ed., 1984, pp. 145 y ss. [id, *La Suprema Corte en el sistema judicial federal*, 4º ed., traducida [trad.: Patricia BERMEJO], Platense, La Plata, 2003, pp. 340-360]; PERRY Jr., *Deciding to decide ...*, ob. cit., pp. 41-91; RENQUIST, William, *The Supreme Court*, ob. cit., pp. 224-238; BAUM, Lawrence, *The Supreme Court*, 9º ed., Washington, CQPress, 2007, 86-105; GRESSMAN – GELLER – SHAPIRO – BISHOP – HARTNETT, *Supreme Court Practice*, ob. cit., 9º ed., pp. 311-369; POWELL, Lewis, “What really goes on at the Supreme Court”, 66 *American Bar Association Journal* 721; SHAPIRO, Stephen M., “Certiorari practice: the Supreme Court’s shrinking docket”, 24 *Litigation* 25; STREET, Aaron – YOUNG, Evan, “What really goes on in the U.S. Supreme Court?”, conferencia presentada en la *20th Annual Conference on State and Federal Appeals*, Austin, Texas, 3 y 4 de junio de 2010, que gentilmente nos fuera remitida por sus autores, esp. cap. ii) [“What happens on the inside? Context for those who file at the Supreme Court”].

²⁰⁴ Al igual que lo que sucede en la Argentina, no cabe confundir al funcionario aludido en el texto *Clerk of the Court*, con los Secretarios relatores de cada uno de los Ministros del alto cuerpo (*Law Clerks*). El primero cumple funciones para la totalidad de la Corte, desplegando un papel fundamental en el trámite de los casos articulados ante dicho cuerpo. Los segundos son asesores de cada juez, desarrollando –como veremos– una actividad relevante en el *screening process* previo a la decisión de la Corte sobre la admisión del recurso (lectura y análisis de las presentaciones, elaboración de memorandums, etc.). Una vez superada dicha primera barrera, los *Law Clerks* actúan también asesorando al magistrado antes de la audiencia de debate y, finalmente, en la investigación, recopilación de material y asistencia para la confección de la opinión definitiva del Juez.

las bases para juzgar sobre la jurisdicción de la Corte en el caso; f) la cita apropiada de las provisiones constitucionales, tratados, leyes, ordenanzas y demás normas pertinentes para la solución del caso, con su texto completo en apéndice (en caso de ser muy extensas); g) una explicación concisa de los hechos del caso determinados en las instancias inferiores, que sean necesarios para el tratamiento de la cuestión a decidir; h) una argumentación precisa y directa sobre los motivos que justificarían la concesión del ‘certiorari’, teniendo en cuenta los elementos enunciados en la Regla 10.

La presentación debe ser incoada en el plazo de 90 días desde el dictado de la sentencia atacada, directamente ante los estrados de la Corte (Regla 13, SCR), en un escrito que no puede superar las 9.000 palabras (sin contar los apéndices, el listado de las partes y de los abogados, la tabla de contenidos ni el resumen de las cuestiones propuestas a consideración del tribunal)²⁰⁵. Debe ser acompañado, por regla, de 40 copias (Regla 12).

Se prevé asimismo una tasa de trescientos dólares estadounidenses (U\$S 300) que debe ser abonada por el peticionante, salvo que solicite, junto con la interposición del recurso, un permiso para proceder *in forma pauperis* (esto es: sin abonar dicha imposición económica²⁰⁶), reclamo accesorio contemplado en la regla 39 de las SCR.

Por fuera de las tareas administrativas propias de la función, en la oficina del Secretario (*Clerk*), se lleva a cabo un primer estudio vinculado con aspectos técnico-formales de la presentación, como –por ejemplo- su extensión, interposición en plazo, etc.

La parte recurrida, dentro de los 30 días de incorporado un caso al registro de la Corte, tiene la posibilidad de replicar la petición de ‘certiorari’, a través de un *brief in opposition*, en el que, además de expresar los motivos por los que –a su criterio- el caso no resulta digno ingresar ante la Corte, puede identificarse cualquier deficiencia formal

²⁰⁵ A diferencia de lo que sucede en nuestro país (Acord. CSN 4/07, que regula diversos aspectos extrínsecos del recurso extraordinario), la regla 33.1(d), en su redacción actual, ha dejado de lado en los Estados Unidos el criterio de limitar la extensión de la petición de ‘certiorari’ (o de cualquier otro planteo dirigido a la Corte), sobre la base de la cantidad de páginas. La medida central tenida en cuenta por la reglamentación aludida, como se expresa en el texto, son las palabras y no las páginas, reforma facilitada por la utilización de los modernos procesadores de textos que permiten sencillamente contar los vocablos utilizados en el escrito.

²⁰⁶ Estadísticamente, la cantidad de presentaciones *in forma pauperis* suele ser sustancialmente mayor que la de aquellas en las que se abona el depósito aludido en el texto (denominadas *paid cases*). Así, por ejemplo, en el período anual de sesiones iniciado en octubre 2010, se incoaron 6299 peticiones de revisión *in forma pauperis* (alrededor del 80%), mientras que los *paid cases* ascendieron a 1558 (cerca del 20%). Fuente: *Journal of the Supreme Court*, 2010, p. II, disponible en <http://www.supremecourt.gov/orders/journal/jnl10.pdf>.

o falsedad contenida en la presentación de la contraparte (Regla 15, SCR). También este litigante tiene la posibilidad de articular un contra-recurso (*cross-petition*).

En el mismo plazo, terceros pueden presentarse como *amicus curiae* fundamentalmente a efectos de llamar la atención de la Corte acerca temas relevantes que no hayan sido atendidos suficientemente por las partes en sus presentaciones ante dicho tribunal. La Regla 37 es clara al señalar que, si dicho cometido es satisfecho, la colaboración del *amicus* puede ser de considerable ayuda para el alto cuerpo, mientras que, en caso contrario, sólo le generará una carga adicional, por lo que su presentación “no es auspiciada”. La importancia de la presentación de los *amicus curiae* como factor coadyuvante para la admisión del recurso ha sido oportunamente destacada, lugar al que corresponde remitir (v. *supra*, ap. 3.3).

Una copia de cada petición y, en su caso, de la réplica de la contraparte, es distribuida en cada una de las vocalías de los nueve jueces de la Corte.

Es a partir de allí que tiene lugar el estudio liminar de cada asunto, para verificar su aptitud para ser atendido por dicho cuerpo jurisdiccional; o, en otras palabras, si son “dignos de certiorari” (*certworthy*).

La metodología aplicada a dicho análisis (*screening process*) ha ido variando con el tiempo, a medida que iba aumentando la competencia discrecional de la Corte y se multiplicaban los pedidos de ‘certiorari’. Como lo destacan GRESSMAN y los coautores de su clásica obra dedicada a la Suprema Corte estadounidense, la esencia del examen se mantiene, aunque se hayan modificado algunos aspectos del proceso interno de decisión, a efectos de administrar más expedita y efectivamente la carga de trabajo que demanda este mecanismo de ‘filtro’²⁰⁷.

Así, con anterioridad a la reforma de 1925 (la llamada *Judges’ Bill*, por la que – como vimos- se expandiera notablemente la jurisdicción discrecional de la Corte), la selección de asuntos tenía lugar a través de un estudio personal llevado a cabo simultáneamente por cada juez, con la frecuente redacción de un memorándum propio. Munido de dicho documento, cada magistrado acudía a la conferencia en la que el

²⁰⁷ GRESSMAN – GELLER – SHAPIRO – BISHOP – HARTNETT, *Supreme Court Practice*, ob. cit., pp. 312-314 (destacando que: “a medida que la expansión comenzó a generar más y más peticiones de certiorari en cada período, los procedimientos altamente individualizados para despachar las peticiones empezaron a cambiar. La esencia de los procedimientos originales se mantiene igual, pero muchos detalles han sido alterados, refinados y agregados” –trad. propia-).

tribunal terminaba definiendo (siguiendo ya en esa época la “regla de cuatro”, a la que luego nos referiremos con más detenimiento), qué casos ameritarían un pronunciamiento fondal y cuáles otros quedarían fuera de su ámbito de revisión.

El paso del tiempo y la notable proliferación de los recursos deducidos ante el alto cuerpo, transformó dicho mecanismo “artesanal” (pensado para analizar alrededor de 400 peticiones anuales), en una tarea ciclópea. Fue así que, para adecuar el procedimiento de selección a una realidad diversa, caracterizada por una marcada tendencia inflacionaria de los pedidos de revisión articulados en su seno²⁰⁸, se fueron ideando diversos instrumentos de agilización, que irremediablemente agravaron el grado de delegación que los jueces realizan en diversos funcionarios del tribunal, para examinar los antecedentes de cada caso e incluso aportar su opinión sobre el camino a seguir.

b) El ‘certiorari pool’.

Sin contar el modelo más simple de delegación, que es la incorporación de secretarios letrados o relatores (*law clerks*) para asistir a los jueces en esta tarea²⁰⁹, uno de los más conocidos instrumentos diseñados para agilizar esta fase del proceso decisorio, fue la creación del llamado ‘*certiorari pool*’, a partir de la década del ‘70.

El dispositivo consiste en la reunión de diversas vocalías en un mismo grupo de trabajo, para dividirse proporcionalmente entre sus integrantes tanto el examen inicial de los recursos deducidos (con su documentación anexa), como la redacción del memorándum del que se valdrán los restantes miembros del *pool*. Es decir, que no se procede ya a un análisis completo e individual de cada caso en cada vocalía (como se describía al proceso originalmente), sino de una reunión de funcionarios pertenecientes a diversas vocalías, basada en un principio básico de división de tareas para colaborar recíprocamente en la labor de selección de asuntos relevantes.

²⁰⁸ Como se verá más adelante, en la actualidad, se presentan anualmente entre 7800 y 8200 pedidos de ‘certiorari’ (v. *infra*, ap. 2.2)].

²⁰⁹ Los *law clerks* de los jueces de la Corte ascienden a un máximo de 4, teniendo algunos de ellos sólo tres de las vacantes cubiertas (v. RENQUIST, William, *The Supreme Court*, ob. cit., 2001, p. 231).

Cabe recordar que dicha función de asesoramiento, a diferencia de lo que sucede frecuentemente en nuestro país, es generalmente desempeñada por jóvenes graduados de la universidad (escogidos directamente por los Jueces, en general sobre la base de sus antecedentes académicos), que cumplen tareas sólo por un año. Por lo que se trata de un ‘*staff*’ con poca experiencia relativa y en constante renovación.

Los jueces que se acoplan al *pool* (decisión enteramente librada a su criterio, ya que no se trata de una estructura reglada²¹⁰) se dividen las causas que arriban a la Corte. En la oficina del primero de los jueces al que se le asigna el estudio del caso, se examina la petición y se elabora el memorándum respectivo (generalmente redactado por uno de sus *law clerks*)²¹¹. Las vocalías sucesivas reciben el material ya “procesado”, con el informe aludido, lo que les permite agilizar el análisis, al no verse forzado a penetrar en las constancias de cada expediente.

Algunas observaciones se imponen respecto de este esquema.

La primera, consiste en advertir que el mismo se basa, como puede fácilmente deducirse, en la confianza depositada por cada uno de los integrantes del grupo, en la seriedad, fidelidad y profundidad de la primera inspección, presupuestos sin los cuales difícilmente pueda encontrarse sentido²¹².

La segunda observación, parte de una valoración que hasta los mismos operadores han hecho del sistema, al poner en duda si efectivamente se produce con él una

²¹⁰ El *pool* fue creado en 1972 por sugerencia del entonces juez Louis F. POWELL Jr., durante el período en el que la Corte fuera presidida por Warren E. BURGER, quien también lo integró. Luego de su creación fue creciendo el número de magistrados adherentes al mismo. Así, mientras en sus orígenes cinco de los nueve miembros de la Corte se unieron en esta coalición de trabajo, a partir de 1981, pasaron a ser seis sus integrantes (el Presidente RENQUIST y los jueces WHITE, BLACKMUN, O’CONNOR, SCALIA y KENNEDY). Desde 1990 hasta 2007, la casi totalidad de los Ministros de la Corte componía el ‘*cert. pool*’ (sólo el juez STEVENS mantenía un método de examen individual de cada caso, asistido por los relatores de su vocalía) [v. GRESSMAN y otros, *Supreme Court practice*, ob. cit., 9º ed., 2007, p. 317; PERRY Jr., *Deciding ...*, ob. cit., p. 42; RENQUIST, William, *The Supreme Court*, ob. cit., 2001, pp. 232-233; BAUM, Lawrence, *The Supreme Court*, ob. cit., p. 90; STARR, Kenneth, “The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft”, en 90 *Minnesota Law Review* 1363, esp. p. 1377; PALMER, Barbara, “The ‘Bermuda triangle?’ the cert pool and its influence over the Supreme Court’s agenda”, en *Constitutional Commentary* [18 Const. Commentary 105], 2001 (esta última pone en duda la influencia efectiva del Juez POWELL en la creación del *pool*, recordando que el citado Presidente de la Corte W. BURGER, la invocó sobreviniéntemente como su idea, cit. pp. 107-108).

²¹¹ La publicación de los papeles de trabajo de Harry BLACKMUN (juez de la Corte norteamericana durante el período 1986-1993), ha permitido conocer en detalle las características de esta clase de memorandums. Los profesores Jeffrey SEGAL, Harold SPAETH y Lee EPSTEIN han digitalizado y sistematizado buena parte de estos documentos, que actualmente se encuentran disponibles en <http://epstein.usc.edu/blackmun.php?p=1> (último acceso: marzo de 2012).

²¹² La investigación de PERRY Jr. ha profundizado en el modo en que dicha premisa básica de funcionamiento del *pool* (la confianza), muchas veces falla. De varias de sus entrevistas con jueces y funcionarios de la Corte estadounidense, el autor recolecta opiniones por las que se evidencia que, en ciertas composiciones, los memorándums emanados de algunas vocalías integradas al *pool* generaban usualmente suspicacias, lo que llevaba a los restantes miembros del mismo a volver al inicio y reexaminar todo de cero (v. PERRY Jr., *Deciding to decide ...*, ob. cit. p. 57). De dichas entrevistas podemos transcribir ejemplificativamente algún extracto para terminar de completar la idea: “Rápidamente adquieres un sentido de cómo los restantes *clerks* escriben el memo. Efectivamente cuando alguien de la vocalía del Juez A [el autor preserva el anonimato tanto de sus fuentes como de los funcionarios referidos en las entrevistas] escribe uno, volvemos atrás y chequeamos todo. Y uno de los *clerks* del juez A era directamente incompetente. Me generó continuas aprensiones contra la facultad de derecho de la que provenía. Pero debo decir que en la mayoría de los casos, tienes mucha fe en el trabajo de los restantes *clerks*” (*ibíd.*).

aceleración sustancial de los tiempos de análisis de los recursos deducidos ante al Corte. En diversas investigaciones se ha puntualizado que la redacción de los memorándums por parte de los relatores que integran el *'cert. pool'* está dotada de un estilo y formalidades que usualmente no se utilizarían si dichos funcionarios informaran cada causa al Juez en cuya vocalía trabajan. En esta última hipótesis, la relación de confianza que se desarrolla entre el magistrado respectivo y sus funcionarios puede imponer una mecánica de trabajo más informal que, incluso sin afectar la profundidad del análisis, desemboque en métodos más ágiles de evaluación y decisión acerca de la procedencia de acordar el *'certiorari'* en cada caso. Es así que se ha llegado a sostener que, en realidad, lo único que asegura este “consorcio” entre las vocalías, es un análisis meduloso de cada caso al menos por un funcionario (es decir, el encargado de redactar y suscribir el *'pool memo'*, al que los restantes adherirán o del que se apartarán), y no tanto la celeridad en el resultado final.

En otras palabras, se estima que, en caso de no existir el *pool*, a consecuencia de la excesiva carga de trabajo de la Corte, aumentaría el riesgo de que algunas causas sean superficialmente examinadas por la totalidad de las vocalías, sin que ninguna de ellas ingrese en detalles que puedan resultar relevantes al momento de juzgar la verdadera trascendencia de las cuestiones allí involucradas, por fuera de lo que luce a primera vista. Por lo que, para tales operadores, sería ésa la auténtica utilidad práctica del *'pool'*, más que la aceleración de los tiempos del proceso decisorio²¹³.

²¹³ Nos permitimos nuevamente acudir a algunos pasajes contenidos en la investigación de PERRY Jr., para confirmar lo expresado en el texto. Así, al consultarse acerca de la efectividad del instrumento de agrupación entre las vocalías, algunos de los funcionarios entrevistados se pronunciaron en este sentido:

“Cuando escribes un memorándum para el pool [*pool memo*], puedes frecuentemente advertir a primera vista que los casos son frívolos. Pero aun cuando el caso sea frívolo y sabes que de ninguna manera la Corte concederá el *'certiorari'* a su respecto, de todos modos te podrá tomar un día la elaboración del memo [...] Si uno estuviera trabajando para un juez, podría probablemente decir, ‘mire, esto es ridículo, no hay razón alguna para aceptar este caso’. Pero cuando estás redactando un memo para todos los jueces, debes desarrollar todo [...] Si todos escribieran memos para un juez, no estoy seguro si se ahorraría o consumiría más tiempo después de todo, porque aun cuando se ahorre algo de tiempo por no tener que escribir estos largos memos en casos frívolos para el cert. pool, uno debería entonces analizar más casos. Pero en realidad, hay una ventaja en el *'cert. pool'* que no estoy seguro si mis colegas comparten. Me refiero a que puedes generalmente observar los casos más detenidamente. Me refiero a que los jueces obviamente no pueden hacerlo, lo que significa que las causas tienen un análisis más detenido del que jamás tendrían si cada vocalía hiciera todo. Al menos, alguien lo ha leído con el suficiente cuidado como para preparar un memo formal para el cert. pool”. Otro relator corroboró dicha valoración: “probablemente no ahorramos nada de tiempo por tener un *'cert. pool'*, pero lo que probablemente hicimos fue un trabajo realmente profundo al analizar cada caso” (entrevistas extraídas de PERRY Jr, *Deciding to decide ...*, ob. cit., p. 52-53, traducción libre).

Un último aspecto a considerar está íntimamente vinculado con la valoración recién formulada, en torno a la conveniencia del sistema. Por mucho tiempo se entendió que el mecanismo de marras era valioso en la medida en que una razonable proporción de los jueces no estuvieran adheridos a él. De este modo, se garantizaba la presencia de diversas perspectivas de análisis de un mismo caso, variedad de miradas que el ‘pool’ tendencialmente debilita por la preponderancia del memorándum inicial sobre la indagación de las restantes vocalías que lo componen. Al día de la fecha, como fuera anticipado, dicha condición por la que oportunamente se apreciara el mecanismo de marras ha desaparecido, por el avance notable de las adhesiones al ‘pool’, que han dejado un margen casi nulo para estrategias de valoración “independientes”²¹⁴, sin perjuicio –claro está- de la posibilidad de que cada vocalía pueda disentir con el informe inicial, pedir explicaciones a su respecto, aportar nuevos elementos de juicio, etc.

c) El listado de discusión (‘discuss list’)

Examinaremos a continuación otro de los instrumentos diseñados en el país del norte para agilizar el proceso de selección de los pedidos de ‘certiorari’ que se interponen ante su más elevado tribunal: el listado de discusión (*discuss list*).

A diferencia del mecanismo analizado en el apartado anterior (*‘certiorari pool’*), que se refería fundamentalmente a la fase inicial de dicho tránsito (estudio del caso), la lista de discusión está orientada a la etapa final de selección (fase decisoria propiamente dicha).

Una vez que los memorandums han circulado y en cada una de las vocalías se ha procesado la información respectiva, el Presidente de la Corte elabora una lista de los casos que serán discutidos en el acuerdo (*conference*). Dicho listado es remitido a todas las vocalías, pudiendo cada uno de los jueces incorporar el caso que considere oportuno, cuando a su juicio un asunto digno de ‘certiorari’ no hubiera sido incluido por el Presidente²¹⁵.

²¹⁴ STRAS califica a este fenómeno, favorecido por la expansión del *certiorari pool*, como de “homogeneización” del proceso de selección de la Corte: STRAS, David R., “The Supreme Court gatekeepers” en *Texas Law Review* (85 Tex. L. Rev. 947), 2007, esp. p. 973.

²¹⁵ Hay suficiente coincidencia acerca del rol primordialmente administrativo que cumple el Presidente de la Corte en el armado de la lista de discusión. En efecto, al tener cada uno de los jueces la posibilidad de incorporar libremente cualquier caso en el listado, no existen demasiados resortes estratégicos que permitan manipular su confección. Por lo que la experiencia, relatada por los autores norteamericanos que se han

La importancia de la inclusión de un caso en el listado es determinante: toda petición de ‘certiorari’ articulada en una causa no incluida en el mismo, es automáticamente declarada inadmisibile, sin necesidad alguna de ser discutida o resuelta en el acuerdo. En su origen, se conocía a este instrumento como “*dead list*”, dado que funcionaba de modo exactamente opuesto: los casos incluidos en el elenco eran los que quedaban inmediatamente descartados. Sin embargo, desde mediados del siglo pasado, la regla se invirtió, adoptándose el régimen vigente, por el cual los asuntos incorporados en la lista son los únicos considerados *dignos de discusión* a efectos de analizar la concesión del ‘certiorari’ (de ahí su denominación actual: *discuss list*).

Queda claro que la inserción de un caso en dicho repertorio no garantiza la concesión del ‘certiorari’, sino que solamente lo coloca en posición de ser debatido en torno a su admisibilidad. En otras palabras, que una causa haya sido nominada, sólo significa que alguno de los jueces de la Corte ha considerado que no es tan frívola o intrascendente como para descartarla sin siquiera discutir su admisión en el acuerdo.

d) *Decisión. La “regla de los cuatro” (‘rule of four’) y la práctica del ‘join three vote’.*
Concesión parcial.

El proceso de selección se enfrenta así a una última fase decisoria, que tiene lugar con el análisis y resolución de los pedidos de ‘certiorari’ incluidos en el listado de discusión.

Los acuerdos ordinarios de la Suprema Corte norteamericana tienen lugar, en general, los días viernes²¹⁶. Allí se discuten los casos ya argumentados, generalmente por la mañana, mientras que por la tarde se analizan peticiones de ‘certiorari’²¹⁷. Como fuera anticipado, los recursos sometidos a discusión serán sólo aquellos contemplados en el listado referido en el apartado anterior (*discuss list*).

Los casos son puestos a consideración y los jueces pueden efectuar los comentarios que consideren pertinentes, por orden de antigüedad (comenzando por el

dedicado modernamente al tema, ha llevado al Presidente a adoptar una posición ecuaníme en torno a la incorporación inicial de causas en la lista, evaluándose a tal efecto los intereses y valoraciones conocidas de los restantes jueces (v. PERRY, H., *Deciding ...*, ob. cit., pp. 85-88).

²¹⁶ El calendario anual de actividades de la Corte puede consultarse en su sitio web: <http://www.supremecourt.gov/>. Allí se encuentran identificados los días de acuerdo (*conference days*) y los de audiencia (*argument days*).

²¹⁷ PERRY, H., *Deciding ...*, ob. cit., p. 43.

Presidente o por el juez que colocó el caso en el “listado de discusión”²¹⁸). Luego de dicha consideración, generalmente sumaria, las causas son resueltas emitiendo cada juez su voto.

La admisión de un caso tendrá lugar si cuatro jueces del tribunal se expiden por la concesión del ‘certiorari’ (de ahí la denominación de la conocida regla norteamericana en la materia: *rule of four*)²¹⁹. Ello importa desconocer el principio de la mayoría en este ámbito (por el que se necesitaría la opinión concordante de 5 de los 9 jueces que componen el máximo tribunal). Basta una minoría calificada, por consiguiente, para garantizar el tránsito de un caso hacia la resolución de mérito²²⁰.

Una variante de pronunciamiento está constituida por el llamado ‘*join three vote*’, voto condicional por el que uno de los jueces se pronuncia afirmando que acompañará la decisión de conceder el ‘certiorari’, si otros tres jueces se expiden en dicho sentido²²¹.

Es de señalar que la admisión del embate puede ser parcial, limitándose exclusivamente a una o más de las cuestiones involucradas en la causa (*limited grant of certiorari*). En estos supuestos, frecuentes en la jurisprudencia de la Corte, puede decirse que no es el “caso” el que será revisado, sino sólo algunas de las “cuestiones” de derecho que, por su relevancia, son consideradas dignas de un pronunciamiento por el máximo tribunal²²².

Otra variante decisoria algo difundida en la jurisprudencia de la Corte, es la de conceder el ‘certiorari’ y en el mismo acto pronunciarse sumariamente (frecuentemente mediante una decisión ‘*per curiam*’) sobre el mérito de la impugnación, confirmando o dejando sin efecto de la sentencia atacada (con la posibilidad, en este último caso, de reenvío de la causa al tribunal *a quo* para que reexamine la controversia y emita un nuevo pronunciamiento)²²³. Esta forma de actuación (*summary dispositions*), si

²¹⁸ BAUM, Lawrence, *The Supreme Court*, cit., 9º ed., p. 89.

²¹⁹ V. STEVENS, John P., “The Life Span of a Judge Made Rule”, en *New York University Law Review* [58 NYU L. Rev. 1], 1983; GREESMAN y otros, *Supreme Court ...*, ob. cit., pp. 323-328.

²²⁰ V. RENQUIST, William, *The Supreme Court*, ob. cit., p. 233, indicando que la práctica se remonta a la *Judge’s Bill* (1925) y sugiriendo que su implementación fue una respuesta moderada frente al amplio grado de discrecionalidad que dicho cuerpo legislativo confirió a la Corte.

²²¹ GREESMAN y otros, ob. cit., p. 324; PERRY, *Deciding to decide ...*, ob. cit., pp. 49 y 166-170.

²²² V. una visión crítica de esta extendida práctica de la Corte en HARTNETT, “Questioning certiorari: some reflections ...”, cit., pp. 1705-1707.

²²³ La *revocación* sumaria de la sentencia atacada es, lógicamente, la hipótesis más frecuente dentro de las *summary dispositions*, aunque en más de una oportunidad, la Corte ha concedido el ‘certiorari’ y confirmado

bien se encuentra reconocida en la Regla 16 de las *Supreme Court Rules*²²⁴, ha sido cuestionada por algunos autores, por considerar que la decisión de mérito de un caso debería ser plenamente informada, sin que pueda ser abordada exclusivamente con los documentos que acompañan el pedido de ‘certiorari’, además de resultar procesalmente injusto para la parte perdedora, que pudo basar su presentación inicial en la detección de los elementos que hacen a un caso digno de ‘certiorari’, sin enfatizar aspectos fundados propios de otra fase del trámite²²⁵. Sin embargo, esta forma de decisión se mantiene en la praxis de la Corte, ya que agiliza notablemente la resolución del caso, al no requerir la presentación de alegatos respecto del fondo, ni la realización de la audiencia para la exposición de los argumentos orales. La hipótesis de revocación sumaria, parece ser una vía útil en los supuestos en los que el ‘certiorari’ ha sido concedido frente a la presencia de errores manifiestos por parte del tribunal inferior en la aplicación de una regla de derecho establecida. Es decir, en supuestos en los que, pese a predominar el *ius litigatoris*, el tribunal decide de todos modos ingresar frente a la evidencia del error cometido²²⁶.

e) *Denegación sobreviniente por inadecuada valoración al momento de la concesión* (‘digging’).

La decisión adoptada por la Corte concediendo un pedido de ‘certiorari’ no causa estado y puede ser revisada por dicho cuerpo si se advierte sobrevinientemente que los elementos tenidos en cuenta para acordar dicha licencia para recurrir, no fueron adecuadamente valorados, sea por la insuficiencia de la información disponible inicialmente, por la complejidad fáctica que muestra el caso una vez consultado el

inmediatamente la decisión del tribunal inferior (v. GREESMAN y otros, *Supreme Court ...*, ob. cit. p. 343-345). A diferencia de la denegación del ‘certiorari’ (que carece prácticamente de relevancia jurisprudencial), la concesión seguida de una confirmación sumaria asume valor de precedente, aunque se ha señalado que dicha eficacia no es idéntica a la que poseen los precedentes fallados luego de un debate plenario (v. SCHNEIER, William J., “1983-1984 Term: Part II: Federal Court: The Do's And Don'ts of Determining the Precedential Value of Supreme Court Summary Dispositions”, *Brooklyn Law Review* [51 Brooklyn L. Rev. 945]).

²²⁴ Dispone la citada Regla 16.1 de la SCR: “Luego de considerar los documentos distribuidos de acuerdo con la Regla 15, la Corte emitirá la orden correspondiente. La orden puede ser una decisión sumaria en cuanto al mérito”.

²²⁵ V. una crítica detallada de las *summary dispositions* en BROWN, Ernest J., “The Supreme Court 1957 Term. Foreword: process of law”, en *Harvard Law Review*, vol. 72, n° 1, noviembre 1958, pp. 77-198.

²²⁶ V. GREESMAN y otros, *Supreme Court ...*, ob. cit. p. 344, considerando que “esta forma de revocación usualmente refleja el sentimiento de la mayoría de la Corte que la solución del tribunal inferior es tan claramente equivocada, especialmente cuando existe un precedente vinculante de la Corte en sentido contrario, que los alegatos de mérito y los argumentos orales serían una pérdida de tiempo”.

expediente completo y escuchadas las partes, o simplemente por una errónea estimación de la importancia del asunto²²⁷.

Puede suceder, en efecto, que luego de escuchar los argumentos orales de las partes, los jueces lleguen al convencimiento de que la cuestión articulada ante sus estrados carece de la repercusión general que parecía tener cuando se analizara liminarmente el caso. Usualmente se denomina esta práctica ‘*digging*’ acrónimo de la expresión aglófona que describe la denegación por concesión inapropiada: *dismissing certiorari as improvidently granted* (‘to DIG’). La hipótesis se plantea con frecuencia relativa: un promedio de tres casos por año reciben este trato²²⁸.

El cambio de posición así adoptado, al igual que la denegación inicial, no necesita ser fundada, por más que en alguna oportunidad el máximo tribunal exprese sumariamente las razones por las que procede de ese modo²²⁹.

²²⁷ V. SOLIMINE, Michael E. – GELY, Rafael, “The supreme court and the dig: an empirical and institutional analysis”, en *Wisconsin Law Review* [2005 Wis. L. Rev. 1421], 2005; v. asimismo PERRY, *Deciding ...*, ob. cit., pp. 107-112.

²²⁸ SOLIMINE – GELY, “The supreme court and the dig ...”, cit., analizando un período de más cincuenta años (1954-2005), arriban a las siguientes cifras: 155 causas en todo ese lapso fueron desestimadas sobreviniendo por concesión indebida (‘*digged*’). Sólo 12 de ellas tuvieron ese destino antes del debate oral.

El promedio se mantiene aproximadamente luego del período analizado por los autores (v., por ej., *Journal of the Supreme Court. October term 2010*, p. II, que arroja un número de 2 casos resueltos sumariamente luego de su concesión).

²²⁹ Un ejemplo en el que puede apreciar las distintas posturas posibles de ser adoptadas frente a la decisión de desestimar sobreviniendo en recurso incorrectamente concedido, es el caso *Nike v. Kasky* (539 U.S. 654 [2003]). En dicho asunto, un consumidor de California había demandado a la conocida marca de ropa deportiva Nike, invocando las leyes de defensa de la competencia y de protección contra la publicidad engañosa, a consecuencia de lo que entendía como falsas representaciones que la compañía había hecho en torno a las condiciones laborales vigentes en sus plantas de producción en el exterior. Invocó el actor, en tal sentido, su condición de *private attorney general* para representar los intereses del grupo afectado.

La Suprema Corte de California permitió que la causa siga adelante, no obstante la defensa propuesta por la accionada, basada en la Primera Enmienda (libertad de expresión). Pese a que inicialmente la Corte Suprema había concedido el ‘*certiorari*’ pedido por la demandada para revisar la decisión de marras (interlocutorio que permitía que la causa prosiga su curso), luego del debate oral, se decidió desestimar el embate. La mayoría de la Corte no introdujo motivación alguna en la citada decisión *per curiam*. El juez STEVENS, siguió dicho parecer aunque añadiendo sumariamente las razones del criterio adoptado: consideró que pese a tratarse de un caso novedoso y difícil desde la perspectiva de la Primera Enmienda, los tribunales californianos no habían dado su última palabra en la materia fondal (es decir, fallaba el explicado recaudo de la sentencia definitiva –*final judgement rule*-).

El Juez BREYER, por su parte, se pronunció en disidencia, entendiendo que la importancia del caso a resolver aconsejaba en pronunciamiento de mérito en esta instancia por parte de la Corte. Valorando la actitud de la Corte en el caso “Nike”, algunos autores entienden que la Corte creyó que la causa retornaría a su sede al finalizar el juicio, por lo que podría resolver acabadamente la controversia, lo que no ocurrió, dado que las partes llegaron a un acuerdo transaccional que puso fin al pleito (SOLIMINE – GELY, “The supreme court and the dig ...cit., pp. 1422-1423).

4) El *writ of certiorari* ante los Superiores Tribunales estatales de los EEUU.

Hemos desarrollado hasta aquí el sistema de selección de causas vigente ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, que –como fuera anticipado y es por demás conocido- constituye uno de los modelos más difundidos en los estudios comparados relativos a la actuación y rol institucional de los superiores tribunales alrededor del mundo.

Un aspecto que no ha merecido la misma atención por parte de los comparativistas que se han dedicado al sistema de justicia norteamericano, ha sido la presencia de hipótesis de jurisdicción discrecional no ya en la máxima instancia federal (la Corte Suprema), sino en los superiores tribunales estatales.

Como veremos a continuación, el instituto del *writ of certiorari* no sólo ha marcado la impronta de la actuación de la Suprema Corte norteamericana, especialmente durante el último siglo, sino que ha sido receptado por diversos estados locales, que también han visto en este mecanismo una vía para perfeccionar el cumplimiento de las funciones institucionales de sus tribunales superiores y remediar la sobrecarga de trabajo que padecen.

El interés por este fenómeno tan descuidado en la doctrina, se hace evidente en países cuya organización federal asigna –por regla- a los tribunales ubicados en el vértice de las jurisdicciones locales, la última palabra en determinadas materias. Es el caso de la República Argentina, que –como es sabido- atribuye a la justicia provincial el conocimiento final de las controversias que versen sobre materia civil, comercial, penal, laboral o de derecho constitucional y derecho público local (en todos los casos, salvo que se presenten otros elementos determinantes de la competencia federal, como la diferencia de vecindad, la intervención como parte del Estado Nacional, etc.).

Es por ello que el estudio comparativo del rol de los superiores tribunales estatales en regímenes federales tiene casi tanta relevancia como el de la Corte Suprema misma. Más aun en esta investigación, en la que se aborda no sólo el ‘certiorari’ vigente en el ámbito federal (art. 280, CPCN), sino también el impacto de la incorporación de un instrumento de selección de causas en el tribunal supremo del principal estado federado del país, como es la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis de la ley 5827; v. *infra*, capítulo sexto). Por lo que, para completar el

estudio sobre la experiencia norteamericana en materia de filtros de selección, interesa introducir algunos conceptos básicos relativos a la presencia de este tipo de mecanismos en el seno de los tribunales ubicados en la cúspide de la organización judicial local de ese país.

Uno de los tribunales superiores estatales de los EEUU que poseen un instrumento de estas características para definir la agenda de casos a resolver en el mérito, es la Suprema Corte de Alabama (*Supreme Court of Alabama*)²³⁰. El instrumento de marras, regulado en la Regla 39 de las *Alabama Rules of Appellate Procedure* (ARAP) permite la revisión discrecional, por parte del tribunal ubicado en el vértice de la jurisdicción local, de las decisiones de la Corte de Apelación Civil y de la Corte de Apelación en lo Criminal de ese estado. Ha sido destacado, en este ámbito, que la relación que adoptan dichas cámaras de apelación respecto del máximo tribunal estatal, es similar a la que tienen las cortes de segunda instancia federales respecto de la Suprema Corte de los Estados Unidos²³¹. Muy pocas causas, en efecto, son admitidas a revisión anualmente por vía de ‘certiorari’ en Alabama, al igual que –como fuera anticipado- sucede en la órbita federal.

La citada Regla 39 de las *Alabama Rules of Appellate Procedure* se expide de este modo acerca de los parámetros que serán tenidos en cuenta para guiar la concesión del ‘certiorari’ local²³²:

“Regla 39. Peticiones de writ of certiorari; Revisión de decisiones de cortes de apelación.

(a) Consideraciones que gobiernan la revisión por certiorari; Bases.

La revisión por certiorari no es una cuestión de derecho, sino de discrecionalidad judicial. Una petición de *writ of certiorari* sólo será concedida cuando existan especiales e importantes razones para conceder el writ.

²³⁰ V. en general sobre el *writ of certiorari* ante la SC de Alabama: JOHNSTONE, Douglas, “The two most common fatal defects in petitions for writs of certiorari”, en *The Alabama Lawyer* [64 Ala. Law. 166], 2003, pp. 166-168; AYERS, Marc James - BRASHER, Andrew L., “Basics of certiorari practice in the Alabama Supreme Court”, en *The Alabama Lawyer* [70 Ala. Law. 198], mayo de 2009, pp. 198-205; SABEL, Celeste, “Forget everything you knew about alabama certiorari practice!”, *The Alabama Lawyer* [64 Ala. Law. 323], septiembre de 2003, pp. 323-327; SKOTNICKI, Michael, “Why was your petition for a writ of certiorari denied?: the importance of procedural compliance with rule 39” en *The Alabama Lawyer* [58 Ala. Law. 348], noviembre 1997, pp. 348-351.

²³¹ AYERS – BRASHER, “Basics of certiorari practice ...”, cit. p. 199.

²³² Traducción propia. La regla original puede ser consultada en: http://judicial.alabama.gov/library/rules_aplt_procedure.cfm (último acceso: marzo 2012).

(1) Causas civiles y criminales que no involucren la pena de muerte. En todas las causas civiles y en todas las causas criminales en las que no se haya impuesto la pena de muerte, los pedidos de *writs of certiorari* sólo serán considerados:

(A) Contra decisiones que hayan declarado válida o inválida una ordenanza municipal, una ley del estado, o una ley federal o tratado, o haya interpretado una previsión determinante de la Constitución de Alabama o de la Constitución de los Estados Unidos;

(B) Contra decisiones que afecten una clase de oficiales de la Constitución, del estado o del condado;

(C) Contra decisiones en las que una cuestión material que requiere decisión sea, a primera impresión, para la Suprema Corte de Alabama;

(D) Contra decisiones en conflicto con decisiones previas de la Suprema Corte de los Estados Unidos, la Suprema Corte de Alabama, la Corte de Apelaciones en lo Criminal, la Corte de Apelaciones en lo Civil, siempre que:

1. Cuando el subparágrafo (a)(1)(D) sea el fundamento de la petición, la petición debe citar la parte de la opinión de la corte de apelaciones y la parte de la decisión previa que el peticionante alegue como estando en conflicto; o

2. Cuando no sea posible citar esa parte de la opinión sea porque ninguna frase de la opinión muestre claramente la contradicción o porque no se haya emitido opinión, la petición deberá señalar que este subparágrafo es aplicable y luego indicar, con precisión, de qué modo la decisión entra en conflicto con decisiones anteriores; y

(E) Cuando el peticionante busque dejar sin efecto precedentes vinculantes de la Suprema Corte de Alabama que hubieran sido seguidos en la decisión de la corte de apelaciones

[...]²³³

(b) Revisión por petición de *writ of certiorari* contra decisiones de la Corte de Apelaciones en lo Civil.

(1) Pedido de que un caso sea nuevamente oído no es pre-requisito para la revisión por vía de *certiorari*.

La presentación de un pedido de que un caso sea nuevamente oído por la Corte de Apelaciones en lo Civil no es un pre-requisito para la revisión por *certiorari* ante la Suprema Corte. Si un pedido para que un caso sea nuevamente oído hubiera sido presentado, sin embargo, debe haber cumplido con la Regla 40(e).

(2) Tasa. El pago de la suma prescripta en la Regla 35A(a)(3)²³⁴ debe ser realizado ante el secretario de la Suprema Corte cuando la petición de *writ of certiorari* sea presentada.

(3) Plazo para su presentación. La petición de *writ of certiorari* debe ser interpuesta ante el secretario de la Suprema Corte de acuerdo con la Regla 25(a), dentro de los 14 días (2 semanas) posteriores al dictado de la sentencia de la Corte de Apelaciones en lo Civil. Si un pedido para que el

²³³ Se omite la transcripción de las previsiones especiales en los casos de pena de muerte.

²³⁴ La suma actualmente asciende a 120 dólares estadounidenses (US\$ 120).

caso sea nuevamente oído hubiera sido presentado ante la Corte de Apelaciones en lo Civil, la petición de writ of certiorari debe ser interpuesta dentro de los 14 días (2 semanas) de la decisión de dicha corte respecto del pedido de nueva audiencia.

[...].”

El enunciado previsto en la primera parte de la norma permite destacar la presencia de factores tradicionalmente vigentes en el ámbito de los filtros de selección previstos ante los superiores tribunales, como son los que conciernen a su función uniformadora (v. en este sentido la Regla 39[a][1][D]) y a su actuación como tribunal constitucional (v. Regla 39[a][1][A]). También se advierte la presencia de un estándar especialmente flexible, como el que nutre la Regla 39[a][1][C], que determina, con un sentido algo tautológico, que una causa será digna de certiorari cuando la materia involucrada se muestre, *prima facie*, como propia de la competencia apelada de la Suprema Corte estadual²³⁵. Esta última variante, junto con las hipótesis de conflicto jurisprudencial, son los carriles más frecuentemente utilizados en este ámbito, para abrirse camino ante el máximo tribunal local²³⁶.

En cuanto al régimen de mayorías, la opinión favorable de 5 de sus 9 jueces será necesaria para que un pedido de ‘certiorari’ sea concedido en el Estado de Alabama²³⁷.

Arkansas es otro de los estados que cuenta, desde hace casi dos siglos, con el *writ of certiorari* como instrumento de revisión discrecional en cabeza de la Suprema Corte del estado²³⁸. Los parámetros enunciados por la Corte para conceder esta clase de peticiones, se asocian más con la gravedad de los errores cometidos en el caso, que con otras variantes de actuación usualmente incorporadas al elenco de motivos que tornan procedente el reexamen de un caso por medio de este mecanismo. En tal sentido, destaca EVANS que la corte ha reconocido que concederá el ‘writ’ “cuando no exista otro remedio adecuado y: (1) aparece a primera vista del expediente que ha existido un

²³⁵ V. algunos ejemplos de cuestiones que han sido abordadas por la SC de Alabama siguiendo este parámetro en SKOTNICKI, Michael, “Why was your petition for a writ of certiorari denied? ...”, cit., pp. 350-351.

²³⁶ AYERS – BRASHER cit., p. 202.

²³⁷ AYERS – BRASHER, cit., p. 205.

²³⁸ Recuerda EVANS que el ‘certiorari’ en Arkansas remonta sus orígenes a la época de creación del estado, ya que la constitución original de 1823 contemplaba en su artículo VI, § 2, que la Suprema Corte tendría el “poder de emitir *writs of ... certiorari...*” (v. EVANS, Timothy L., “A story of certiorari: Jordan v. Circuit Court of Lee County creates questions regarding the use of the writ of certiorari for interlocutory matters in Arkansas”, en *Arkansas Law Review* [60 Ark. L. Rev. 773], 2007, esp. p. 780 y nota 71).

error palmario, manifiesto, claro, y un grosero abuso de discreción; o (2) hubiera falta de jurisdicción, un acto en exceso de jurisdicción a primera vista del expediente, o los precedimientos hayan sido erróneos a primera vista del expediente”²³⁹.

En el estado de *Georgia*, pese a que su Constitución (art. VI, §VI) determina en buena parte las competencias y modalidades de actuación de la Suprema Corte, se han diseñado algunos instrumentos para paliar la sobrecarga de trabajo de dicho tribunal. Señala en tal sentido PERRY SENTELL que “con la Constitución ampliamente determinando su agenda decisonal, la corte posee poco control institucional sobre el volumen de su trabajo”. No obstante –agrega–, con el tiempo, la práctica ha presentado a la corte al menos dos potenciales oportunidades para despejar dicha carga. En primer lugar, la posibilidad de confirmar sin emitir opinión la sentencia atacada en causas civiles (Regla 59, *Rules of the Supreme Court of Georgia*²⁴⁰). En segundo lugar, la atribución que, en ocasiones, le permite la constitución local de decidir cuándo resolver, a través del instituto del ‘certiorari’²⁴¹.

El primero de los resortes aludidos, incorporado en 1979 y utilizado considerablemente por la Corte²⁴², tiende a agilizar la desestimación de asuntos en los que se advierte liminarmente que la queja carece de asidero. Al hacerlo sin necesidad de emitir opinión, el instrumento se muestra como uno de los caminos más transitados de filtro en el derecho comparado. Pese a no constituir un mecanismo discrecional para “decidir que casos decidir”, sino un dispositivo de resolución anticipada de recursos manifiestamente improcedentes, interesa hacer referencia a las hipótesis en las cuales la citada Regla 59 puede ser aplicada con dicha finalidad.

Dispone el precepto aludido que la confirmación sin expresión de fundamentos (*affirmance without opinion*) procede cuando, en una causa civil, la Corte determine que uno o más de las siguientes circunstancias están presentes: i) la prueba apoya la

²³⁹ EVANS, cit. p. 780, citando el fallo de la SC de Arkansas ‘in re’ *Arkansas Game & Fish Commission v. Herndon*.

²⁴⁰ El texto de las reglas puede ser consultado en <http://www.gasupreme.us/rules/> (ult. acceso: marzo 2012).

²⁴¹ PERRY SENTELL Jr., R., “Lightening the load: in the Georgia Supreme Court” en *Georgia Law Review* [37 Ga. L. Rev. 697], 2003, esp. pp. 698-699.

²⁴² PERRY SENTELL Jr, cit., p. 699-701 (apoyando sus conclusiones con estadísticas sobre el uso del instrumento contemplado en la regla 59 y destacando la considerable declinación del uso del señalado dispositivo en los años anteriores a la confección del trabajo [2001-2003]: “Cualquiera sea la razón, la Suprema Corte de Georgia ha convincentemente recortado el empleo de la confirmación sin expresión de motivos”).

sentencia; ii) no existe error perjudicial de derecho, adecuadamente articulado y que requiera revocación; iii) la sentencia de la corte inferior explica adecuadamente la decisión adoptada y una opinión no tendría valor de precedente.

En cuanto al uso del ‘certiorari’ en el máximo tribunal de Georgia, la constitución de dicho estado (art. VI, § VI) prevé desde hace tiempo que “la Suprema Corte puede revisar por certiorari casos provenientes de las Corte de Apelaciones que sean de gravedad o de gran importancia pública” (*gravity or great public importance*). La Regla 40 de las referidas RSC, no incluye estándares especiales para juzgar la presencia de dicha relevancia, limitándose a señalar que la revisión por certiorari “no es un derecho” y que sólo será acordada “en casos de gran interés, gravedad o importancia para el público” (*great concern, gravity, or importance to the public*), fórmula que prácticamente reitera el parámetro constitucional al que antes hiciéramos referencia.

El procedimiento interno para la toma de las decisiones sobre la concesión del certiorari, replica en general el mecanismo aplicado en otros tribunales de última instancia: un estudio por el *staff* asesor de cada uno de los jueces, el análisis personal posterior por parte del magistrado y la emisión de su voto en el acuerdo. Una diferencia que cabe destacar en la Corte de Georgia es la práctica según la cual, si uno de los jueces se pronuncia por la denegación, discrepando con sus colegas, el caso es sometido a un nuevo análisis por dicho juez, quien deberá traerlo nuevamente a consideración en un futuro acuerdo. En este último acto, el caso será desestimado salvo que 4 de los 7 jueces del tribunal se expidan por la concesión²⁴³ (lo que en este caso constituye -en realidad- una mayoría simple y no una regla especial como la que rige en la Suprema Corte federal –*rule of four*-, de 9 integrantes).

En el estado de *Florida*, el llamado ‘*common law certiorari*’ es un instrumento reconocido pretorianamente por la Suprema Corte, por el que se pone a disposición de quienes litigan ante las cortes inferiores, un remedio discrecional para que los tribunales de alzada revisen decisiones que no cuentan con un recurso de apelación reglado para ser atacadas²⁴⁴. Es decir que, en esta manifestación, el ámbito de acción del instituto no

²⁴³ PERRY SENTELL Jr, cit., p. 713.

²⁴⁴ V. sobre el *common law certiorari* del estado de Florida: EICHHORN, Cory W., “Second-tier certiorari standard of review under Florida law: a practitioner's guide” *The Florida Bar Journal* [81 Fla. Bar J. 30], Febrero de 2007; WALBOLT, Sylvia H. – LANDY, Susan L., “Common law certiorari. Where an appeal will not provide an adequate remedy” *The Florida Bar Journal* [70 Fla. Bar J. 56], octubre 1996 [los dos últimos analizando la

se ciñe al problema de la admisibilidad de los recursos ante el máximo tribunal estadual, sino a la posibilidad de recurrir en segundo grado (esto es: ante las cortes de apelación) decisiones que el ordenamiento considera inapelables, frente a serios apartamientos de la ley o del debido proceso. La concesión de esta variante de ‘certiorari’, derivada jurisprudencialmente de la tradición del *common law*²⁴⁵, depende fundamentalmente de la presencia de un caso en el que el tribunal *a quo* no hubiera satisfecho las condiciones del debido proceso adjetivo o se hubiera apartado de “exigencias esenciales del derecho”. Como lo ha señalado la Suprema Corte de dicho estado, esta última hipótesis (*departure from essential requirements of law*) no se perfecciona frente a un simple error de derecho, sino que debe tratarse de la violación de un “principio de derecho claramente establecido, que resulte en una auténtica denegación de justicia”²⁴⁶. Modernamente, se ha considerado que el “derecho claramente establecido” (*clearly established law*), cuya vulneración puede dar lugar a la concesión del ‘certiorari’, puede derivar de una variedad de fuentes normativas, incluyendo precedentes recientes aplicables al caso, reglas procesales, leyes y previsiones constitucionales²⁴⁷. Lo que interesa es destacar que el resorte en cuestión no tendrá lugar frente a presuntos *errores en la interpretación* de la normativa referida o en la *aplicación* de dichas previsiones a los hechos del caso, sino exclusivamente ante la *violación de una regla clara de derecho*, discutible distinción que se ha

jurisprudencia de la SC de Florida sobre el *common law certiorari*]; AVRON, Paul A. – HOMER, Ilyse M., “Extraordinary Writs of Certiorari and Mandamus. Santards in Review”, en *The Record*, otoño 2004, pp. 12-13; LOOS, Tracy M., “Name-Clearing Hearings, Gratuitous Remedies, and Common Law Writs of Certiorari-Are They Worth Their Weight in Gold? *Southern Illinois University Law Journal*, [22 S. Ill. U. L. J. 201], 1997, pp. 201-216 [con una visión crítica acerca de la utilidad del instituto].

Es de destacar que el instituto de marras no sólo rige como instrumento para abrir la competencia apelada de tribunales de justicia que no cuentan con un mecanismo reglado que les confiera competencia revisora en el caso concreto, sino también como mecanismo de impugnación de la actuación de agencias administrativas que no están sometidas a la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procure Act*) del estado. En este último caso, la actuación del tribunal revisor no es discrecional sino imperativa (v. EICHHORN, Cory W., “Second-tier certiorari ...”, cit., p. 30).

²⁴⁵ Recuerda EICHHORN que la Suprema Corte de Florida reconoció por primera vez esta variante impugnativa en 1855, en el caso *Holliday v. Jacksonville & Alligator Clank Road Co* (v. EICHHORN, Cory W., “Second-tier certiorari standard of review ...”, cit., p. 30).

²⁴⁶ AVRON – HOMER, “Extraordinary Writs of Certiorari ...”, cit., pp. 12-13; WALBOLT –LANDY, “Common law certiorari ...”, cit., p. 56 destacando que “el estándar del ‘apartamiento de requisitos esenciales del derecho’, refiere a algo que está ‘más allá del error de derecho’, frase que –de todos modos- subsiste como un estandar algo amorfo usado por las cortes de distrito como una red de seguridad para revisar casos particularmente evidentes”.

²⁴⁷ AVRON – HOMER, cit., p. 12; EICHHORN, cit. p. 31, ambos con cita del caso *Allstate Insurance Co. v. Kalamanos* de la SC de Florida (2003). En el caso en cuestión se aclaró que dicha diversidad de fuentes son pasibles de originar una hipótesis de violación de una regla de derecho “claramente establecida”. Hasta ese entonces, la exigencia de que la regla en cuestión provenga de un precedente jurisprudencial aplicable al caso (*controlling precedent*), ponía en duda la procedencia del certiorari cuando el tópico legal o constitucional respectivo no hubiera sido resuelto por un tribunal superior.

hecho fuerte en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Florida²⁴⁸. Puede advertirse así que, a diferencia de los mecanismos de selección propios de la competencia apelada de las cortes supremas, el *common law certiorari* acordado discrecionalmente a los tribunales de alzada del estado de Florida se concentra fundamentalmente en la *corrección de errores manifiestos* (función más propia de esta clase de órganos) que en la uniformación de la interpretación de puntos de derecho relevantes y controvertidos (misión frecuentemente asociada a la actuación de las cortes de última instancia).

Dispositivos de este tenor están expandidos en la casi totalidad de los estados locales, garantizando a los superiores tribunales un manejo más o menos flexible de su carga de trabajo.

El propósito de este párrafo fue fundamentalmente mostrar que el reconocimiento de dispositivos discrecionales para determinar los alcances de la competencia apelada de los superiores tribunales, no constituye en los Estados Unidos una experiencia limitada exclusivamente a la Suprema Corte federal. También los máximos tribunales locales gozan de la atribución de definir, con mayor o menor amplitud de maniobra, qué casos decidirá en el fondo. Y en esa faena, los estándares se multiplican, asociándose generalmente con el rol institucional que les corresponde a tales cortes asumir en el sistema de justicia que encabezan.

III. REINO UNIDO.

En la última década, el Reino Unido ha tenido una notable innovación en el máximo nivel de la judicatura, especialmente –en lo que aquí interesa- en lo relativo a la organización de su tribunal de última instancia. Es así que, a partir del año 2009, se ha dejado de lado uno de los más tradicionales modelos de estudio en cuanto a la organización de los superiores tribunales en el derecho comparado, como fue, durante siglos, la estructura jurisdiccional de la *House of Lords*.

En efecto, por más de 600 años la Cámara Alta del Parlamento tuvo jurisdicción para revisar en última instancia decisiones de las cortes inferiores. En particular, a partir de 1876, la atribución de conocer los recursos deducidos en última instancia contra las sentencias emanadas de los tribunales intermedios británicos, se concentró en cabeza de

²⁴⁸ V. AVRON – HOMER, cit., p. 12; EICHHORN, cit., p. 31.

una división de aquella cámara, integrada por los *Lords of Appeal in Ordinary* o, como se los conoció más frecuentemente, los *Law Lords*.

En la actualidad, con la puesta en marcha de la reforma constitucional de 2005, el vértice de la jurisdicción ha quedado, en este país, a cargo de la nueva Suprema Corte del Reino Unido, que sesionó por primera vez el 1º de octubre de 2009. Corresponde, por ello, analizar los aspectos fundamentales de esta metamorfosis, para posteriormente adentrarnos en las particularidades del sistema de selección de recursos allí establecido: el permiso para apelar (*permission to appeal*).

1) Antecedentes históricos (síntesis). De la ‘Judicial House of Lords’ a la nueva Suprema Corte del Reino Unido.

El sistema recientemente dejado de lado con la creación de la Suprema Corte británica, registraba orígenes distantes en la historia de este país, remontándose seis siglos atrás hasta la época en la que ambas cámaras del Parlamento tenían atribuciones para expedirse sobre las peticiones llevadas ante su seno, para la revisión de decisiones de diversas cortes inferiores.

Desde el año 1399, sin embargo, la Cámara de los Comunes no tuvo actuación jurisdiccional en el Reino Unido, quedando a partir de ese momento exclusivamente en cabeza de la *House of Lords* esta competencia de revisión final²⁴⁹.

Es a partir de 1876, con la sanción de la *Appellate Jurisdiction Act*, que se consagra sistemática e ininterrumpidamente la aludida misión jurisdiccional de última instancia, a cargo de ciertos integrantes calificados del poder legislativo: los ya nombredos *Lords of Appeal in Ordinary* o *Law Lords*. Estos funcionarios integraban el Parlamento, aunque en la práctica no tenían intervención regular en el proceso de sanción de leyes, ya que se dedicaban de modo casi exclusivo a la aludida tarea judicial²⁵⁰. De ese modo, se procuraba garantizar la independencia de estos funcionarios, aun cuando no existieran

²⁴⁹ Para un estudio de la historia de la rama judicial de la Cámara de los Lores británica, puede acudir con provecho a VVAA [BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin, ed.], *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, especialmente las contribuciones contenidas en los tres primeros capítulos [A, B y C], pp. 3-278). Respecto de los antecedentes de la actuación judicial de la House of Lords con antelación a 1876, v. los trabajos de JONES, David Lewis, “The judicial role of the House of Lords before 1870”, en la obra recién citada, pp. 3-12; STEEL, David, “The judicial House of Lords: Abolition and Restoration: 1873-6”, *ibid.*, pp. 13-29.

²⁵⁰ De ahí la calificación de su función judicial de apelación como “ordinaria” –‘*in ordinary*’- que nada tiene que ver con la clasificación de las impugnaciones en ordinarias y extraordinarias (v. HOUSE OF LORDS, *House of Lords Briefing. Judicial Work*, 2008).

obstáculos formales para que participen de las deliberaciones legislativas²⁵¹. Eran designados por la Reina, con la recomendación del Primer Ministro.

La organización de la justicia británica se caracterizó tradicionalmente por la ausencia de una diferencia *formal* tajante con las restantes ramas de gobierno, especialmente en la cúspide de la organización judicial²⁵². Así, hasta el proceso de reformas iniciado en el año 2003, la cabeza del Poder Judicial estaba representada por una oficina de larga trayectoria en la historia de esa nación: el *Lord Chancellor*. Dicho funcionario, además de ser un ministro de alta jerarquía dentro del gabinete de la rama ejecutiva del gobierno, presidía la *House of Lords* y desempeñaba un papel estrictamente jurisdiccional como integrante del Comité de Apelaciones de aquella cámara y del *Privy Council*. La subsistencia nominal de estas atribuciones estrictamente jurisdiccionales a cargo de dicho funcionario, es un ejemplo claro de esta enraizada particularidad de la versión inglesa del principio de separación de poderes. Otra manifestación de dicho fenómeno fue, durante siglos (y especialmente a partir de 1876), la actuación de una división del parlamento, como tribunal de última instancia: el ya citado Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores (*Appellate Committee of the House of Lords*).

En los años previos al movimiento de reforma iniciado en 2003 (que desembocó en la modificación radical de las instituciones aludidas en el párrafo anterior), se habían profundizado las objeciones a dicho sistema²⁵³, fundamentalmente

²⁵¹ Destaca HOPE que “era una convención reconocida que los *Law Lords*, sea en ejercicio o retirados, debían abstenerse de participar en cualquier partido político”, agregando que “en años recientes, la presencia en el Parlamento de *Law Lords* en ejercicio comenzó a ser vista como incompatible con el principio de independencia del poder judicial” (HOPE, David, “Law Lords in Parliament”, en VVAA, *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, ob. cit., pp. 164-177, esp. p. 166 –trad. propia-).

²⁵² El fenómeno es una manifestación más de un rasgo tradicional del constitucionalismo del Reino Unido, como es la ausencia de una definida separación de poderes al estilo francés o norteamericano. El sistema británico, como ha sido señalado en más de una oportunidad, ha fusionado las distintas ramas de gobierno, apostando más al “balance” de poderes, que a su “separación” (v. SKOLD, Michael, “The Reform Act's Supreme Court: A Missed Opportunity for Judicial Review in the United Kingdom?”, 39 *Connecticut Law Review* 2149 [2007], esp. p. 2154).

²⁵³ En tal sentido, recuerda LE SEUR entre los antecedentes del nuevo sistema, sendas propuestas elaboradas por el gobierno, por jueces, por académicos y por unos pocos parlamentarios, todas ellas en sintonía con las líneas directrices de la reforma iniciada en el año 2003 (LE SEUR, Andrew, “The Conception of the UK's New Supreme Court”, en VVAA [Ed.: LE SEUR, Andrew], *Building the UK's New Supreme Court. National and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 3-20).

Hasta una de las actuales integrantes de la Suprema Corte británica (en ese entonces desempeñándose como *Law Lord* en la cámara alta del Parlamento, la primera mujer en llegar a dicha dignidad en el año 2004) expresó, luego de que la reforma fuera anunciada (pero antes de que fuera implementada), que “era indubitadamente anómalo tener nuestra más alta corte de apelaciones como parte de la legislatura” (HALE, Brenda, “A Supreme Court for the United Kingdom?”, *Legal Studies*, vol. 24, pp. 36-54, esp. p. 39 [2004]; en el mismo sentido, v. FENNELL, Monica A., “Emergent identity: A comparative analysis of the new Supreme

sobre la base de su incompatibilidad con lo normado en el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en particular, lo concerniente a la garantía de imparcialidad del juzgador).

El Reino Unido fue uno de los estados signatarios originales de la Convención Europea de Derechos Humanos (Roma, 1950) y el primero en ratificarlo, en 1951, reconociendo en 1965 la competencia de la Corte creada por dicho instrumento, para conocer en peticiones individuales dirigidas en su contra. Sin embargo, recién en 1999 el tratado de marras fue incorporado en el ordenamiento interno británico²⁵⁴. Para ese entonces, la Corte de Estrasburgo había sentado doctrina respecto de los alcances de la garantía en cuestión, señalando que la misma no sólo quedaba comprometida al ser infringida en concreto por el obrar interesado del judicante, sino también frente a la mera “apariencia” o “sospecha” que afecte su independencia (*appearance of independence*)²⁵⁵.

Fue a partir de dichas premisas que en el mes de abril de 2003, el Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos del Consejo de Europa elaboró un reporte²⁵⁶ (receptado unánimemente por el parlamento de dicho continente, en el mes de

Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States”, 22 *Temple International and Comparative Law Journal*. 279).

²⁵⁴ Destaca NORTH la peculiar situación jurídica en la que se encontraba el Reino Unido entre los primeros años de vigencia de la Convención (especialmente a partir de 1965) y su incorporación en el derecho interno (1999). Dicho *status* terminaba generando la posibilidad de que cualquier particular (británico o no), estuviera en esa época facultado a denunciar al estado ante el citado sistema trasnacional de protección de los derechos humanos, aunque no pudiera invocar las cláusulas del Pacto de Roma como sustento de la tutela reclamada ante las cortes locales. Las personas, por ello, “debía buscar remedio en el derecho inglés sin hacer referencia a la Convención y sólo en caso de no tener éxito en las cortes inglesas, podían ir a Estrasburgo y reclamar allí tutela por infracción a la Convención” (NORTH, Peter [Sir], “The United Kingdom - An Era of Constitutional Change”, 2000 *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* 99, esp. p. 113).

²⁵⁵ V. Corte EDH, caso *Campbell and Fell v. United Kingdom*, sent. del 28 de junio de 1984, Series A no. 80, par. 78; *Langborger v. Sweden*, sent. del 22 de junio de 1989, § 32-36.

V. asimismo, HYRE, James, “United Kingdom's Declaration of Judicial Independence: Creating a Supreme Court to Secure Individual Rights Under the Human Rights Act of 1998”, 73 *Fordham Law Review* 423, esp. p. 441 (destacando que “la continua integración entre el Reino Unido y la Unión Europea generalmente, y la aprobación de la *Human Rights Act* específicamente, coloca a la apariencia de independencia del poder judicial frente al Parlamento en mayor escala [...] Aun cuando el poder judicial sea independiente e imparcial en la práctica, la apariencia de conflicto puede garantizar una reforma constitucional. Para conformar las expectativas del moderno federalismo europeo, el poder judicial del Reino Unido debe parecer independiente e imparcial” [trad. propia]).

²⁵⁶ Reporte del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos (*Committee on Legal Affairs and Human Rights*), del 28 de abril de 2003 (documento n° 9798, titulado “Office of the Lord Chancellor in the constitutional system of the United Kingdom”, disponible en <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc03/EDOC9798.htm> [acceso: abril 2011]).

septiembre de ese año, mediante resolución n° 1342²⁵⁷) que colocaba la pica en Flandes respecto de la incompatibilidad entre el principio de división de poderes y la garantía de imparcialidad, por un lado, y la aludida confusión de funciones administrativas, legislativas y judiciales (esto es, la subsistencia de atribuciones jurisdiccionales de la *House of Lords* y la presencia de una oficina multifacética como la del *Lord Chancellor*), por el otro. El citado comité asesor europeo, proyectó una resolución (que -como veremos- fuera luego sustancialmente receptada) recomendando la supresión de la confusión de roles del *Lord Chancellor* y la creación de una nueva Suprema Corte²⁵⁸.

²⁵⁷ Resolución n° 1342 de la Asamblea Parlamentaria europea, del 8 de septiembre de 2003 (su texto puede consultarse en <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta03/ERES1342.htm> [acceso: abril 2011]).

²⁵⁸ El proyecto de resolución, sucedido de un informe relativo a los puntos abordados, rezaba:

“1. En el Reino Unido, la Oficina del *Lord Chancellor* combina las funciones de ministro del Gabinete (con responsabilidades que incluyen un papel central en los nombramientos judiciales), *Speaker* (Presidente) de la Cámara de los Lores (cámara alta de la legislatura) y cabeza del poder judicial y juez activo (como Presidente tanto del Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores, como del Comité Judicial del *Privy Council*).

2. La Asamblea recuerda que la separación de poderes se ha convertido en una parte de las tradiciones constitucionales comunes básicas de Europa, al menos en lo que concierne a la atribución de la labor judicial a una institución independiente del estado.

3. Se recuerda además que, para preservar estos principios, así como para garantizar el derecho a un juicio justo, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) requiere *iner alia* que las partes firmantes respeten y protejan el derecho de toda persona dentro de su jurisdicción a un tribunal independiente e imparcial para la determinación de procedimientos civiles y penales. El Tribunal Europeo de derechos humanos, en su jurisprudencia sobre el artículo 6, ha dejado claro que la independencia e imparcialidad son esenciales no sólo en sustancia real sino también en apariencia (véase, por ejemplo, la sentencia Langborger c. Suecia de 22/6/89, en el párrafo 32).

4. La Asamblea reconoce que el Reino Unido es una de las democracias más antiguas de Europa, miembro fundador del Consejo de Europa y parte signataria original de la CEDH. Sin embargo, considera que el Reino Unido no debe esperar a que la incorporación del CEDH en su derecho interno, que tuvo lugar en 1999, conduzca a un cuestionamiento directo en los tribunales, de la posición y funciones actuales del *Lord Chancellor*.

5. La Asamblea considera que estas cuestiones plantean las siguientes preocupaciones:

i. en la actualidad el *Lord Chancellor* continúa participando activamente en su función judicial – aunque con poca frecuencia y al parecer sólo en casos no relacionados con los intereses del gobierno–, creando un potencial conflicto de intereses con su cargo ejecutivo y, por ello, poniendo en cuestión la independencia e imparcialidad de la cabeza de la poder judicial y del más alto Tribunal;

ii. también sigue desempeñando un importante, si bien limitado, papel en el proceso legislativo como Presidente de la cámara de los Lores, creando un potencial conflicto de intereses con su rol judicial (acentuada por el hecho de que los restantes ‘*Law Lords*’ también son miembros de la Cámara de los Lores capaz de intervenir en la actividad legislativa);

iii. es evidente que estos conflictos de intereses potenciales plantean cuestiones graves de incompatibilidad entre la oficina del *Lord Chancellor* en su actual definición y los principios constitucionales y legales del Consejo de Europa.

6. En consecuencia, la Asamblea recomienda a las autoridades del Reino Unido:

i. invitar al *Lord Chancellor* a anunciar públicamente que estima adecuado y necesario dejar de desempeñarse como juez activo, creando una "convención constituyente" que efectivamente corte el vínculo entre su función judicial y otras funciones;

ii. considerar la creación de una Suprema Corte cuyos miembros no puedan ser al mismo tiempo miembros de la cámara alta de la legislatura.

A la vista del contenido del reporte recién aludido y con anterioridad al dictado de la citada resolución n° 1342 de la Asamblea Parlamentaria europea²⁵⁹, el gobierno británico reaccionó dando inicio al proceso que luego desembocara en la creación de la actual Suprema Corte del Reino Unido.

Así, en el mes de julio de 2003, el Departamento de Asuntos Constitucionales del Reino Unido elevó un informe al Parlamento, en el que, entre otras reformas orientadas en tal sentido, se planteaba que las funciones que hasta ese momento eran cumplidas por el Comité de Apelaciones de la cámara alta, pasarían a ser desempeñadas por una nueva suprema corte, separada de la legislatura²⁶⁰. En el año 2005 dicha iniciativa era aprobada a través de una ley de reforma constitucional (*Constitutional Reform Act*)²⁶¹. Finalmente, en el año 2009, ese flamante cuerpo jurisdiccional comenzó a funcionar como tal, con la transformación de los *Law Lords* en los primeros jueces de la Suprema Corte del Reino Unido²⁶².

²⁵⁹ Como se señala en el texto, la resolución n° 1342 de la Asamblea Parlamentaria Europea fue dictada el 8 de septiembre de 2003, unos meses después de que el gobierno británico (conocedor del reporte del mes de abril del mismo año, en el que se proyectaba la recomendación contra el Reino Unido) anunciara las reformas que se analizan a continuación (Junio de 2003).

El tenor de la citada resolución 1342, luego de receptor sustancialmente los antecedentes y las preocupaciones manifestadas en el reporte de la Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos europeo (v. nota al pie anterior), expresa en lo pertinente:

“[...] 6. La Asamblea acoge con gran satisfacción la decisión adoptada por el Gobierno del Reino Unido el 12 de junio de 2003 – luego de la adopción el 28 de abril de 2003 y posterior publicación del informe y el proyecto de resolución del Comité de Asuntos Legales- de suprimir, en un futuro próximo, la actual oficina del *Lord Chancellor* e introducir legislación que establecerá nuevas instituciones para cumplir las funciones desempeñadas actualmente por el *Lord Chancellor*.

7. La Asamblea toma nota del hecho de que el recién nombrado *Lord Chancellor* ha afirmado que él será en el futuro no sentarse como un juez de la cámara de los Lores, ni será el nuevo Secretario de Estado para asuntos constitucionales, poniendo fin así la combinación de juez y Ministro.

8. La Asamblea también toma nota del hecho de que el nuevo Secretario de Estado para Asuntos Constitucionales ya no tendrá la Presidencia de la Cámara Alta del Parlamento.

9. Finalmente, la Asamblea toma nota del hecho de que se prevé la creación de una suprema corte, que será completamente independiente de la Cámara de los Lores.

10. La Asamblea recomienda que el Gobierno del Reino Unido implemente expeditivamente estas reformas constitucionales”.

²⁶⁰ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom*, Consultation Paper 11/03, de julio de 2003, disponible en <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/consult/supremecourt/supreme.pdf> [acceso: mayo 2011].

²⁶¹ El texto completo de la Ley de Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act 2005*), puede encontrarse en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/data.pdf> (acceso: mayo 2011)

²⁶² Los primeros integrantes de la UKSC permanecen como integrantes de la Cámara de los Lores, aunque sin potestades para sentarse y votar en la misma. Los jueces que se designen a partir del mes de octubre de 2009, lo serán directamente como miembros de la Suprema Corte.

La iniciativa de modificar estas cualidades tradicionales del sistema judicial británico tomó por sorpresa a más de un operador y académico²⁶³. Si bien tales notas, como vimos, habían sido observadas luego de la incorporación del Tratado Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento interno, no se esperaba un desenlace tan repentino respecto de instituciones por demás tradicionales en el sistema de ese país, como la oficina del *Lord Chancellor* (inicialmente pensada para desaparecer y finalmente limitada en su poder, por la creación de la comisión de selección para la designación de jueces y la concentración de sus atribuciones en las tipo ejecutivo y político) y, en lo que aquí más interesa, el comité de apelaciones de la Cámara de los Lores (reemplazado – como dijimos– por la nueva Suprema Corte del Reino Unido).

Pese a esta relevante modificación del encuadre institucional del órgano ubicado en el vértice del sistema de justicia (al ser independizado de toda vinculación funcional, formal e incluso infraestructural²⁶⁴ con el parlamento y el poder ejecutivo), no puede

²⁶³ V., en tal sentido, FITZGERALD, Peter L., “Constitutional crisis over the proposed Supreme Court for the United Kingdom”, 18 *Temple International and Comparative Law Journal* 233, esp. pp. 233-234, afirmando que “[El Primer Ministro Tony] Blair intentó barrer con 1400 años de historia constitucional británica y alterar significativamente las convenciones constitucionales no escritas, con un comunicado de prensa”. En similar sentido: LE SEUR, Andrew, “The Conception of the UK’s New Supreme Court”, *ob. cit.*, dando nota del carácter sorpresivo e inconsulto de la reforma, pese a la aceptación que en general provocó. Así, entre otros pasajes del artículo, apunta el autor: “En junio de 2003, el gobierno Laborista sorprendió a casi todos al decidir la supresión de la oficina del *Lord Chancellor* y el establecimiento de una nueva suprema corte para el Reino Unido. El modo en que la decisión fue hecha –sin previa consulta y en medio de la intriga política que rodea la remodelación anual del Gabinete– provocó críticas [...] Sin embargo, la decisión fue generalmente bienvenida” (*ibid.*, p. 3). Agregando más adelante: “Algunos de nosotros nos lamentamos de que tan significativa reforma constitucional no haya nacido de recomendaciones de la *Royal Commission*, en vez de un sorpresivo comunicado de prensa, y un documento departamental de consulta escrito precipitadamente [...]. Aun no proviniendo de la *Royal Commission*, la propuesta de una nueva corte podría al menos haber sido materia de un proceso político normal” (*ibid.*, p. 5) [traducción propia] (en el mismo sentido, desarrollando con detenimiento el proceso histórico-político que desembocó en la trascendente reforma comentada, v. LE SEUR, Andrew, “From Appellate Committee to Supreme Court: a Narrative”, en VVAA [BLOM-COOPER y otros: ed.], *The Judicial House of Lords 1876-2009*, *ob. cit.*, pp. 64-94).

Desde una perspectiva similar, ha sido destacada una nota que bien puede asociarse al carácter sorpresivo de la reforma, como es la circunstancia de que la misma no fue consecuencia de una crisis particular, que demandara urgentemente una innovación organizacional radical como la que tuvo lugar en el período 2003-2009. Esta última circunstancia, de todos modos, lejos de ser vista como un elemento cuestionable, ha sido apreciada como un dato que fortalece la iniciativa: “El mejor momento para introducir reformas y mejoras no es una época de crisis, sino desde una posición de fortaleza y estabilidad” (v. HYRE, James, “United Kingdom’s Declaration of Judicial Independence ...”, *ob. cit.*, p. 423, recordando las palabras de Lord FALCONER, a quien se identifica como el funcionario que actuara como principal promotor de la reforma).

²⁶⁴ Señala LE SEUR que no debe descuidarse el fundamento estrictamente pragmático, aunque importante, de la necesidad de lograr una infraestructura adecuada para los *Law Lords*, habiendo destacado el informe del Departamento de Asuntos Constitucionales, que las comodidades existentes en el Palacio de Westminster eran inadecuadas (LE SEUR, Andrew, “The Conception ..”, *cit.* p. 8; en similar sentido: LITTMAN, Mark, “Appellate advocacy: a view from the Bar”, en VVAA, *The Judicial House of Lords ...*, *ob. cit.*, pp. 423-426, calificando al espacio en el que se tomaran las audiencias orales ante la Cámara de los Lores como insuficiente y evocando la “sensación de ser un caballo en un establo”, ejercicio “sólo tolerable dada su infrecuencia”, *id.* p. 423). En la actualidad el alto tribunal con sede en Londres cuenta con instalaciones propias, ubicadas en la

decirse que sean muchas las innovaciones asociadas con la competencia y atribuciones del tribunal de última instancia británico.

2) La Suprema Corte del Reino Unido. Integración y funcionamiento.

La nueva Suprema Corte del Reino Unido cuenta con doce integrantes, uno de los cuales es designado Presidente, todos nombrados por la Reina de acuerdo con la recomendación del Primer Ministro (*Constitutional Reform Act 2005*, § 23 y 26), previa intervención de una comisión de selección (*Judicial Appointments Commission*), fundamentalmente diseñada para dotar de mayor transparencia a las nominaciones²⁶⁵, en sintonía con el resto de las reformas destinadas a profundizar la independencia del Poder Judicial.

Por fuera de los doce integrantes estables de la Corte, el Presidente del máximo tribunal puede decidir que una o más personas que cumplan especiales condiciones previstas en la Ley de Reforma Constitucional de 2005 (§ 38 y 39, *Constitutional Reform Act 2005*), actúen suplementariamente como jueces de dicho cuerpo (*acting judges*). A tal efecto se prevé la creación de un panel, del que el Presidente pueda seleccionar al magistrado respectivo (*Supplementary Panel*).

En cuanto a su funcionamiento, la Corte está habilitada a actuar en salas o paneles (*panels*) de conformación flexible. La reforma de 2005 permite que dicho cuerpo pueda funcionar siempre que se reúna un número impar de magistrados, con un *quórum* mínimo de tres jueces (*Constitutional Reform Act 2005*, § 42). La regla es fiel a la práctica precedente del *Appellate Committee* de la Cámara de los Lores, que también sesionaba, según el caso, con integraciones reducidas (siempre impares), de cinco, siete o nueve *Law Lords*. De la estadística publicada por la Corte surge que en pocos casos se decide una integración calificada, de siete o nueve jueces (sólo diez casos –cinco y cinco

Westminster Square, en frente del Parlamento, lo que ha sido pensado como símbolo más de la independencia del cuerpo, por fuera de la mayor comodidad que asegura en el desarrollo de sus funciones (v. LE SEUR, Andrew, “From Appellate Committee to Supreme Court ...”, ob. cit., esp. pp. 89-92).

²⁶⁵ Se considera incluso que la intervención de la nueva comisión de selección permitirá atenuar la “sorprendente homogeneidad” de la judicatura británica, propiciando una mayor diversidad en las nominaciones (HALE, Brenda, “A Supreme Court for the United Kingdom?”, cit., p. 40; FENNELL, Monica A., “Emergent identity...”, cit. pp. 284-285, citando la posición mantenida en tal sentido por MAUTE, Judith L., “English Reforms to Judicial Selection: Comparative Lessons for American States?”, 34 *Fordham Urban Law Journal* 387 [2007]).

respectivamente- fueron resueltos de ese modo entre el 1º de octubre de 2009 y el 31 de marzo de 2010²⁶⁶).

Se ha buscado justificar esta modalidad de integración variable de la Corte, en la garantía de independencia del alto cuerpo, explicación que incluso fuera introducida en el mismo informe con el que se diera inicio al proceso de reforma que aquí se analiza²⁶⁷. En tal sentido, se entiende que el sistema de integración flexible (que impide definir en abstracto y para todos los casos qué jueces decidirán cada pleito), atenúa la tentación de los restantes poderes a “politizar” las designaciones de los magistrados que integrarán el máximo tribunal. Ello así, dado que a diferencia de lo que ocurre en los países en los que la composición es “fija” (como los Estados Unidos o Argentina), en el Reino Unido es posible que el panel que decidirá la controversia, sea definido internamente en cada caso. Es por eso que poseer una mayoría circunstancial favorable a la ideología dominante de gobierno, no necesariamente asegura que las apelaciones serán dirimidas en sentido favorable a dicha postura. En otras palabras, se considera que el poder de decidir *ad hoc* la formación que decidirá cada asunto, dota a la Corte de una fisonomía ideológicamente flexible, debiéndose sólo procurar que, en cada oportunidad, la conformación del panel sea equilibrada, de acuerdo con la cuestión a dirimir²⁶⁸.

Para diversas decisiones adoptadas durante el trámite ante esta instancia, las reglas procesales vigentes (v. *infra*, ap. 3.2), prevén la actuación unipersonal de los jueces de la Corte o incluso habilitan al Secretario (*Registrar*) a pronunciarse sobre el punto sin necesidad de audiencia oral (*Supreme Court Rules 2009* § 9.1). Así, por ejemplo, para resolver acerca de plazos (sobre los que el máximo tribunal posee un amplio poder de disposición²⁶⁹), consecuencias del incumplimiento de las formalidades establecidas en

²⁶⁶ SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2009-2010*, cit., pp. 24-25. Destaca por su parte DICKINSON, al recordar la excepcionalidad con que la rama judicial de la *House of Lords* actuó históricamente con integraciones superiores a cinco jueces, que la decisión de convocar a paneles de 9 jueces para decidir algún caso especial, utilizada durante la etapa final de actuación de dicho órgano (2000/2008), no tenía lugar desde 1910 (v. DICKSON, Brice, “A Hard Act to Follow: The Bongham Court, 2000-8”, en VVAA [BLUM-COOPER y otros: ed.], *The judicial house of Lords*, ob. cit., pp. 253-275, esp. pp. 256-257.

²⁶⁷ DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom*, Consultation Paper 11/03, cit., § 52.

²⁶⁸ V. las reflexiones que en este sentido exponen HALE, Brenda, “A Supreme Court for the United Kingdom?”, cit., p. 41 y FENNELL, Monica A., “Emergent identity...”, cit., p. 293.

Cabe señalar que, en nuestro medio, esta modalidad de integración daría lugar a un serias críticas, teniendo presente el entendimiento habitualmente conferido a la garantía del “juez natural” (art. 18, Const. Nac.).

²⁶⁹ Las reglas procesales aprobadas por la Corte, le permiten extender o reducir cualquiera de los plazos previstos en dicho cuerpo o en las “Directivas Prácticas” complementarias, salvo disposición legal en

dicho cuerpo adjetivo (que no necesariamente acarrearán la nulidad de lo actuado), desistimiento del recurso, etc. En estos supuestos, repetimos, el auto puede ser dictado por uno de los magistrados del alto cuerpo, sin necesidad de integrar los paneles, salvo que –a su criterio- el tema merezca que se convoque una integración colegiada. Algo similar ocurre con el Secretario, a quien igualmente la norma le confiere potestad resolutoria sobre dichos puntos (con posibilidad de reconsideración ante un Juez de la Corte), aunque también lo habilita a remitir la cuestión para ser decidida por uno o más jueces (*Supreme Court Rules*, § 9).

A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, la Corte cuenta con un personal limitado (39 empleados permanentes). Específicamente, en lo relativo a la figura de los secretarios letrados, relatores o *law clerks* (es decir, los funcionarios asignados para asesorar a los jueces en la investigación, elaboración de memos relativos a los permisos para apelar, etc.), el número es también reducido. Sólo 7 funcionarios de tales características (*Judicial Assistants*), cumplen, en total, estas tareas en la corte británica²⁷⁰, lo que debe ser correlacionado con la limitada carga de trabajo que exhiben sus estadísticas (alrededor de 50 decisiones de mérito al año, como luego veremos). Estos asistentes, al igual que lo que sucede en los EEUU son contratados temporalmente por períodos reducidos de no más de un año, con lo que la composición de este *staff* es dinámica y mutable.

3) Competencia y trámite.

3.1) Competencia.

La nueva Suprema Corte, como sucedáneo de la jurisdicción recursiva que ostentaba hasta el 2009 la Cámara de los Lores y el comité judicial del *Privy Council*²⁷¹, es el tribunal de última instancia del Reino Unido.

contrario, aun cuando ninguna de las partes se lo requiera formalmente, con la sola condición de notificar a los interesados la decisión respectiva. Incluso se la habilita a conceder una extensión del plazo cuando el mismo hubiera vencido (*Supreme Court Rules* 2009 § 5).

²⁷⁰ *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2009-2010*, cit., p. 45.

²⁷¹ Luego de la instauración de la Suprema Corte del Reino Unido, el *Judicial Committee of the Privy Council* conserva algunas competencias residuales como tribunal de última instancia en asuntos civiles y penales de algunos países independientes del Commonwealth (Bahamas, Trinidad and Tobago, Jamaica and Mauritius); Dependencias de la Corona (Jersey, Guernsey, Isle of Man), los territorios de ultramar (como por ejemplo, los que dicho Estado se arroga sobre Bermuda, Gibraltar e Islas Malvinas) [v. SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2009-2010*, London, Stationery Office, 2010, p. 19].

La Ley de Reforma Constitucional de 2005 no ha concretado grandes innovaciones acerca de los alcances de la jurisdicción recursiva del máximo tribunal, ya que, en la sección pertinente (§ 40, *Constitutional Reform Act 2005*), reproduce fundamentalmente las previsiones anteriormente contenidas en la ya recordada *Appellate Jurisdiction Act* de 1876, que definía los motivos que daban lugar a la intervención de la Cámara de los Lores en ejercicio de su caracterizada función judicial²⁷².

En tales condiciones, la Corte actúa: i) en procesos civiles, revisando el acierto de las decisiones de las tribunales de apelación de Escocia, Irlanda del Norte, Inglaterra y Gales²⁷³; ii) en procesos penales, a iguales fines, con la excepción de Escocia, cuyas decisiones en la materia no son apelables ante el máximo tribunal²⁷⁴. Es decir, que puede actuar como órgano jurisdiccional de última instancia en cualquier caso civil del Reino Unido, así como en los casos criminales de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte.

A diferencia de lo que ocurre con modelos federales como los de Estados Unidos o Argentina, en los que el superior tribunal tiene como cometido central la defensa de la supremacía y correcta interpretación de la Constitución y las restantes normas integrantes del bloque normativo federal, en el Reino Unido no existe una categoría de similares características. Por lo que, los *motivos de procedencia* de la apelación extraordinaria ante el máximo tribunal británico no están definidos por la presencia de “cuestiones federales” o cláusulas asimilables. Sostiene en tal sentido LE SEUR, siguiendo las palabras de WALKER, que no existe un “derecho británico” o “del Reino Unido”, pese a que existen algunas reglas comunes a todas las partes del RU. Estas

²⁷² Esta coincidencia es destacada en la misma exposición de motivos de la Ley de Reforma Constitucional de 2005 (comentario a la sección 40, subsecciones [1] y [2], § 159).

²⁷³ En el caso de Inglaterra y Gales, el tribunal *a quo* resulta ser la *Court of Appeal (Civil Division)* y, en algunos casos, la *High Court*; en Escocia, la *Court of Session* y en Irlanda del Norte, la *Court of Appeal* y, en algunos casos específicos, también la *High Court*. Para una análisis comparatístico actualizado del sistema procesal inglés y, especialmente, de los órganos que componen la estructura judicial de este país, v. PASSANANTE, Luca, “Processo civile inglese”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, Annali, vol. III, pp. 960-1017 (esp. p. 962 respecto de los tribunales de apelación).

²⁷⁴ Desde hace tiempo el sistema legal británico ha cedido a una fuerte tendencia descentralizadora, al reconocer una importante serie de competencias administrativas, ejecutivas y legislativas autónomas en las diversas naciones que componen el Reino Unido, que permite hablar en la actualidad de tres sistemas legales separados (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte) [v. LE SEUR, Andrew, “The conception ...”, cit., pp. 8-10]. Las llamadas *Devolution Acts* de 1998 vinieron a institucionalizar esta orientación constitucional centrífuga, acordando expresamente diversos grados de autonomía legislativa a dichos países, a través de tres cuerpos normativos fundamentales: *The Scotland Act*, *The Government of Wales Act* y *The Northern Ireland Act* (v. NORTH, Peter [Sir.], “The United Kingdom - An Era of Constitutional Change”, cit., esp. pp. 107-110; v. asimismo el documento elaborado al respecto por la Cámara de los Comunes: HOUSE OF COMMONS, “An introduction to the devolution in the United Kingdom”, Research Paper 3/84, disponible en el sitio web del Parlamento: <http://www.parliament.uk/documents/commons/lib/research/rp2003/rp03-084.pdf>).

previsiones comunes, agrega, podrían ser consideradas en un sentido amplio como partes del derecho británico, como ocurre con la Ley de Derechos Humanos (*Human Rights Act* 1998) o las *Devolution Acts* del mismo año (v. nota al pie anterior), “pero no hay aún nada análogo al derecho ‘federal’”²⁷⁵.

En la época de los debates previos a la sanción e implementación de la reforma, la Suprema Corte del Reino Unido podía haber adoptado diversos modelos: i) uno en el que sirva a los tres sistemas legales británicos (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte), actuando fundamentalmente como corte de última instancia de cada uno de dichos ordenamientos (y no como una “Corte de ‘todo’ el Reino Unido”); o ii) un paradigma centrado en el derecho común de todas las naciones que componen el Estado, transformándose así –en palabras de LE SEUR- en una “institución nacional de y para el Reino Unido”²⁷⁶.

Ambos diseños han influido en la reforma constitucional de 2005. El primero de los modelos aludidos puede verse reflejado en la normativa destinada a regular la jurisdicción de la UKSC, en la que se deja expresamente a salvo la autonomía de los diversos sistemas legales y se aclara que “una decisión de dicho cuerpo en una apelación deducida contra una sentencia emanada de cualquier parte del Reino Unido, debe ser considerada como la decisión de una Corte de esta parte del Reino Unido” (*Constitutional Reform Act 2005*, § 41). Es decir, que cuando, por ejemplo, la Corte decide como alzada de un tribunal intermedio escocés o irlandés, debe entenderse que actúa como una corte de última instancia escocesa o irlandesa. Obviamente, ello no importa desconocer la competencia del máximo tribunal para entender en temas relativos al derecho vigente en la totalidad de las jurisdicciones del reino (vg., los alcances de la *Human Rights Act*²⁷⁷ o los llamados “*devolution issues*”²⁷⁸), sino simplemente afirmar que

²⁷⁵ LE SEUR, Adrew, “The Conception ...”, cit., p. 10.

²⁷⁶ LE SEUR, Andrew, “The Conception...”, cit. pp. 9 y 10.

²⁷⁷ Es importante tener en cuenta que, a través de la interpretación de los alcances de dicho cuerpo normativo y, especialmente, mediante el análisis de compatibilidad de las leyes del Reino Unido con las libertades y garantías establecidas en el sistema europeo de derechos humanos (internalizado a través de la *Human Rights Act*), el sistema constitucional del Reino Unido ha dado un paso más hacia la modificación de uno de los rasgos más característicos de su fisonomía tradicional. En efecto, un aspecto central del sistema constitucional británico históricamente recayó en la premisa de la soberanía del Parlamento, cuyas leyes no podían ser desconocidas o dejadas sin efecto “por persona o cuerpo alguno”, tradición claramente apartada del esquema de control constitucional norteamericano basado en el modelo de *judicial review* receptado en el *leading case* “*Marbury vs. Madison*”.

Explica DICKSON que la sanción de la *Human Rights Act* de 1998 (entrada en vigor en el año 2000) significó un desafío notable para la rama judicial de la Cámara de los Lores (que en esa época ejercía la más alta

dicha labor no es exclusiva en su agenda. Lo que, en resumen, permite sostener que el rol de la nueva Suprema Corte no queda acotado a la interpretación final de temas comunes a todo el país, sino también a la definición de cuestiones derivadas de la hermenéutica de cada uno de los ordenamientos autónomos.

3.2) Trámite.

Las normas que regulan la práctica y el trámite de los recursos deducidos ante la Suprema Corte (*Supreme Court Rules* [SCR] y *Practice Directions* [PD]), emanan fundamentalmente de sus estrados.

En tal sentido, la Ley de Reforma Constitucional de 2005 le confiere dicha atribución al Presidente del alto cuerpo, quien debe ejercerla procurando que la Corte sea “accesible, justa y eficiente” y que las reglas “sean simples y estén expresadas simplemente” (§ 45.3). Por otra parte, previo a su dictado, el titular del máximo tribunal debe consultar a diversos organismos profesionales y representativos de las personas que potencialmente puedan resultar alcanzados por los preceptos a sancionar (§ 45.4 y 45.5). Una vez dictadas las normas en cuestión, ellas son remitidas al *Lord Chancellor*

judicatura del país), reto que fue asumido por dicho Cuerpo, acordando en varias oportunidades permiso para apelar y dictando sentencias de alto contenido doctrinario, con amplia alusión a precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos (DICKSON, Brice, “A Hard Act to Follow ...”, cit. esp. p. 265

Frente a la vigencia, desde hace más de diez años, de la *Human Rights Act* y, ahora, la creación de un cuerpo jurisdiccional de última instancia absolutamente ajeno al Parlamento para dirimir este tipo de contiendas, se ha destacado la posibilidad de que el sistema de control constitucional vigente en estas latitudes, adopte algún matiz de aproximación hacia un sistema de revisión judicial, como el que rige en numerosos países (v. SKOLD, Michael, “The Reform Act's Supreme Court: A Missed Opportunity for Judicial Review in the United Kingdom?”, cit. , esp. p. 2153, advirtiendo que en el estado actual del debate, es poco claro si la jurisdicción constitucional británica efectivamente se dirige hacia ese tipo de paradigma: “está lejos de ser clara la asunción de que la soberanía del Parlamento tendría que o efectivamente será reemplazada por la revisión judicial [*judicial review*] a la hora de reolver cuestiones constitucionales fundamentales incluidas en el ámbito de la Human Right Act o la European Communities Act de 1978”). Es claro que la propuesta gubernamental original (que, como vimos, derivara luego en la reforma analizada), en modo alguno buscaba apartarse de la aludida tradición del constitucionalismo británico: “Una Suprema Corte que recepte el modelo de los Estados Unidos, o una Corte Constitucional según la línea de algunos otros países europeos, sería un apartamiento de las tradiciones constitucionales del Reino Unido ... En nuestra democracia, el Parlamento es supremo. No hay un cuerpo separado de derecho constitucional que predomine sobre el resto del derecho. La Constitución está conformada por la totalidad del cuerpo de leyes y prácticas asentadas y convenciones, todas las cuales pueden ser modificadas o derogadas por el Parlamento. Ni la pertenencia a la Unión Europea ni la descentralización ni la *Human Rights Act* ha cambiado la posición fundamental. Dicha modificación o derogación sería ciertamente difícil en la práctica y el Parlamento y el ejecutivo se observan a sí mismos como vinculados por las obligaciones que han asumido por ley, pero el principio permanece intacto” (DEPARTMENT FOR CONSTITUTIONAL AFFAIRS, *Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom*, cit., pp. 20-21, § 23).

²⁷⁸ Se denomina de ese modo a la resolución de casos en los que está involucrada la discusión acerca de si las naciones a las que se les ha conferido cierta autonomía administrativa y legislativa, han desarrollado dichas potestades dentro de los límites establecidos por los estatutos respectivos (especialmente, las ya referidas *Devolution Acts* de 1998, para Irlanda del Norte, Escocia y Gales).

para que las coloque en vigor en el tiempo que disponga. La legislatura, por su parte, puede dejar sin efecto las reglas aludidas, mediante resolución de cualquiera de sus Cámaras (§ 46). Puede advertirse así que el ejercicio de las amplias atribuciones reglamentarias del Presidente de la Corte está condicionado: i) por la actividad consultiva previa a su dictado; ii) por la determinación de la vigencia temporal de dichas disposiciones adjetivas a cargo del *Lord Chancellor*; iii) por la potestad anulatoria del Parlamento, que de este modo se reserva la última palabra en torno a la validez de tales normas de rito emanadas del titular del cimero cuerpo jurisdiccional.

Finalmente, con el inicio de la actividad de la Suprema Corte, el 1º de octubre de 2009, entraron en vigor las nuevas “Reglas” destinadas a disciplinar los procedimientos desarrollados ante dicho cuerpo²⁷⁹. Junto con ellas, también han sido sancionadas diversas “Directivas Prácticas” (*Practice Directions*), destinadas a precisar la reglamentación de diversos actos y oficinas involucrados en el desarrollo de las actuaciones en esta instancia (vg., la Secretaría de Registro –*Registry*–, Directiva nº 2; el “permiso para apelar” –*permission to appeal*– Directiva nº 3, etc.).

En líneas generales, el trámite de los recursos deducidos ante la Suprema Corte británica tiene inicio con el pedido de “permiso para apelar” (*permission to appeal*), deducido ante el tribunal que dictó la sentencia atacada. Si el *a quo* deniega dicha licencia, el agraviado puede presentarse ante la Corte, procurando la revisión de lo decidido. En limitadas ocasiones, la competencia recursiva de la Corte es obligatoria, por lo que sólo corresponde la deducción del aviso de apelación (*notice of appeal*), no siendo necesario requerir “permiso” a tal efecto.

En el próximo apartado (*infra*, 4)] examinaremos los criterios seguidos para conceder dicha autorización recursiva; por ahora, describiremos el camino que debe transitar un asunto, hasta obtener una decisión final por el tribunal ubicado en la cúspide del sistema jurisdiccional británico.

Antes de solicitar la licencia para apelar, la parte recurrente debe remitir una copia de la presentación a los demás participantes de la litis. Para acreditar el

²⁷⁹ SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, *Supreme Court Rules 2009*, sancionadas el 26 de junio de 2009, remitidas al Parlamento el 1º de julio subsiguiente y, finalmente, puestas en vigor el 1º de octubre de ese año. El texto de las reglas puede consultarse en http://www.supremecourt.gov.uk/docs/uksc_rules_2009.pdf (acceso: mayo de 2011).

cumplimiento de ese paso previo, al momento de requerir el permiso respectivo, debe acompañarse una constancia de aquella notificación.

El plazo para requerir el permiso es, por regla, de 28 días (*SCR*, §11). El recurso carece de efectos suspensivos, aunque en excepcionales circunstancias la Corte puede acordar dicho efecto, para impedir la ejecutoriedad de la decisión atacada durante el trámite de la causa ante la instancia superior (*SCR*, § 37). La petición (*permission to appeal*) está gravada con una tasa de actuación que actualmente oscila entre £ 400 y £ 800²⁸⁰.

Frente a la comunicación que el apelante debe cursar a la apelada, ésta última puede presentarse en el término de 14 días y plantear su oposición al recurso (*notice of objection*). En ausencia de dicha presentación, la recurrida no podrá participar de la instancia final, ni será anoticiado del curso de las actuaciones (*SCR*, § 13). Entre las facultades que asisten a la parte apelada, se encuentra la de solicitar autorización para promover una “apelación cruzada” (*cross-appeal*), a efectos de obtener la modificación de la sentencia atacada por la contraria, a la vista de la admisión del recurso de esta última. Tal “reconvención” impugnativa puede ser deducida hasta 42 días después de la decisión de la Corte que concede el permiso para apelar²⁸¹.

Volviendo al *iter* procedimental del recurso, es de señalar que el primer estudio del caso una vez que arriba ante la Corte, es llevado a cabo por el Secretario (*Registrar*), que puede desestimar liminarmente la presentación: i) por carecer de jurisdicción el máximo tribunal; ii) por no contener una fundamentación razonable; o iii) por constituir un abuso del proceso. Es de recordar, de todos modos, que de conformidad con la reglamentación a la que hicieramos referencia *supra*, toda vez que el citado funcionario tenga atribuciones para resolver alguna cuestión, puede determinar que sea uno de los jueces de la Corte o un panel de ellos el que se expida sobre el tema (*SCR*, § 9 [4]). En caso de no proceder a dicha remisión, lo resuelto por el *Registrar* siempre queda sometido a revisión por, al menos, un magistrado del alto cuerpo (*id.*, § 9[5]).

²⁸⁰ Varios de los actos que integran el procedimiento ante la Suprema Corte del Reino Unido están gravados por tasas específicas, todas ellas previstas en la *Supreme Court Fees Order* (en presente tomamos en consideración el texto aprobado en 2009, vigente para el año 2011). El texto de dicha norma puede encontrarse en <http://www.supremecourt.gov.uk/procedures/fees-and-costs.html>.

²⁸¹ No debe confundirse la apelación cruzada con el planteo de la parte contraria a la recurrente en el sentido de que la decisión en crisis sea confirmada por fundamentos diversos a los sostenidos por el *a quo*. Esta variante de ejercicio de lo que, entre nosotros, es conocido como apelación adhesiva o adhesión a la apelación, no requiere en el Reino Unido de articulación de una *cross appeal*. Basta a tales efectos con alegar estos argumentos en su escrito de responde, sin necesidad de apelar la sentencia (*SCR*, § 25).

La reglamentación prevé la intervención de cualquier persona en la fase liminar de las actuaciones ante la Corte, al modo de un *amicus curiae*. En tal sentido, se dispone que cualquier cuerpo u organización no gubernamental que desee formular presentaciones en defensa del interés general, o cualquier persona que tenga interés en los procedimientos, pueda expedirse por escrito acerca del permiso para apelar requerido, a efectos de que el máximo tribunal tenga en cuenta su opinión al momento de resolver sobre la admisión del embate²⁸².

El permiso para apelar tiene previsto un trámite general de tipo escriturario, ya que el panel de jueces que lo resuelve no necesita convocar a audiencia previo a expedirse acerca de la admisibilidad del recurso, aunque puede celebrar dicho acto para escuchar a las partes, requiriéndoles anticipar algunos de los fundamentos de la impugnación deducida (*SCR*, § 16[1])²⁸³. Ordinariamente, la Corte tarda alrededor de ocho semanas hábiles para obtener un pronunciamiento sobre el permiso requerido²⁸⁴.

En caso de ser admitida la apelación, la causa es llevada a la audiencia pública de debate, en la que las partes tendrán la oportunidad de ser escuchadas por el panel de jueces a cargo de la resolución final del caso. Sólo por razones fundadas puede limitarse la publicidad de la audiencia, las que deben ser expresadas en público antes de que el

²⁸² La práctica de admitir, en las deposiciones orales, la intervención de esta clase de terceros cuya voz calificada pueda ser de utilidad para que un tema de interés público reciba adecuado tratamiento en dicha sede, ya había sido reconocida durante la actuación jurisdiccional de la Cámara de los Lores (v. LITTMAN, Mark, “Appellate advocacy: a view from the bar”, ob. cit., p. 426, destacando que: “En años recientes se ha desarrollado la práctica de permitir la intervención de terceros –usualmente grupos de presión como JUSTICE, Liberty, Amnesty International y otros– cuando se pensaba que existía en el caso un interés público identificable que de otro modo no obtendría consideración adecuada”)

²⁸³ La celebración de audiencias con carácter previo al pronunciamiento sobre la habilitación del caso para ser decidido en el mérito, no es frecuente en la praxis. De acuerdo con el último reporte anual de la Suprema Corte británica (2009-2010), durante el primer período de actuación del tribunal (*term*) no existieron audiencias orales vinculadas a los permisos para apelar solicitados, mientras que sólo dos audiencias de ese tipo tuvieron lugar en el segundo período (SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2009-2010*, cit., p. 21).

Es de señalar, para un mejor entendimiento de los datos estadísticos aportados “por términos” que, en cuanto a dichos lapsos en los que se divide el calendario judicial en el Reino Unido, cada año tiene cuatro períodos o *terms*, identificados por nombres tradicionales: *Michaelmas term*, con el que se inaugura el año judicial, que va desde octubre a diciembre; *Hilary term*, que transcurre entre enero y marzo inclusive; *Easter term*, de abril a mayo; *Trinity term*, de Junio a Julio.

²⁸⁴ SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, *The Supreme Court Annual Report...*, cit., *ibid.* nota anterior.

Cabe señalar que Una vez reconocida la licencia para recurrir ante la más elevada instancia jurisdiccional británica, la Corte puede controlar la subsistencia de la relevancia pública del caso, absteniéndose de pronunciarse sobre el mérito en caso de desaparición sobreviniente de dicha nota. Sin embargo, durante la época en la que este parámetro era valorado por la *House of Lords*, dicha rama jurisdiccional del Parlamento había considerado, en ciertas ocasiones, que la desaparición sobreviniente de la importancia pública del caso, no era óbice para continuar entendiendo en el mismo (v. DICKSON, Brice, “A Hard Act to Follow: The Bingham Court ...”, cit., p. 264, enunciando dicho criterio como uno de los ejemplos de la asunción de un rol más activo por parte del Comité de Apelaciones de dicha Cámara, en su última fase de actuación)

acto tenga comienzo (SCR, § 27). Una particular potestad es reconocida a la Corte para designar un asesor letrado o técnico para asistirle en un caso determinado, cuya remuneración integra las costas del recurso (SCR, § 35).

La sentencia definitiva puede ser exteriorizada en audiencia pública o promulgada por el Secretario (SCR, § 28) y puede: i) confirmar, revocar o modificar la sentencia atacada; ii) remitir la causa al *a quo* se pronuncie sobre algún punto; iii) ordenar que se realice un nuevo juicio o audiencia; iv) pronunciarse sobre intereses y costas (SCR, § 29). Es de advertir, en cuanto al segundo ítem, que la Corte tiene los mismos poderes que el tribunal del que emana la sentencia, por lo que puede decidir positivamente el asunto sin necesidad de reenvío.

4) La selección de casos en la Suprema Corte del Reino Unido. El “permiso para apelar” (*permission to appeal*).

Como fuera anticipado, la mayoría de los asuntos que tramitan ante la más elevada instancia judicial británica, requieren de un permiso especial para quebrar la barrera de admisibilidad. A diferencia de lo que sucede en el sistema norteamericano y en el argentino, en los que sólo el tribunal cimero tiene la potestad de analizar si el caso presenta credenciales suficientes como para justificar la apertura de dicha vía de revisión de último grado, en el Reino Unido esta atribución es inicialmente ejercitada por el órgano del que emana la sentencia atacada.

El sistema de permisos o licencias para apelar está ampliamente difundido en el derecho inglés, que no sólo impone esta pauta de selección para los recursos ante la Suprema Corte, sino también –con carácter general- para la apelación ordinaria.

La diferencia entre la licencia para recurrir regulada en ambos estratos jurisdiccionales (es decir, entre la licencia prevista para acceder a la cámara de apelaciones y a la Suprema Corte), se focaliza en los criterios por los cuales se examina su concesión. En ambas sedes, repetimos, se exigirá un permiso especial para que la causa, por sus cualidades, justifique la apertura de un nuevo juicio sobre la materia litigiosa. Se trata de una inversión generalizada de la regla de la recurribilidad automática (o limitada por meros parámetros temporales, cuantitativos, etc). No es ya el legislador el que define la posibilidad de reexaminar la decisión de grado sobre la base de estándares cuantitativos, sino, por el contrario, la parte la que debe justificar ante el

sentenciante (y, eventualmente, ante el *ad quem*), la procedencia de un nuevo estudio del caso.

Para la *apelación ordinaria*, el criterio predominante a efectos de conceder el *leave to appeal*, recae sobre la existencia de una “*real perspectiva de éxito*” en la impugnación (*real prospect of success*), sin perjuicio de la posibilidad de admitir el recurso sobre la base un estándar más amplio previsto en las *Civil Procedure Rules*: la presencia de “alguna otra fuerte razón por la que la apelación debería ser oída”²⁸⁵. Siendo el primer aspecto el que impera en esta variante de selección²⁸⁶, la parte interesada en la revisión en segunda instancia de lo resuelto por el juez de primer grado, tiene que demostrar liminarmente que su queja es *prima facie* fundada o, en otras palabras, que tiene concretas posibilidades de prosperar en el fondo. Es esta valoración la que lleva a LE SEUR a calificar al criterio referido como orientado hacia el resultado (*outcome oriented*)²⁸⁷. En los hechos, algunas estadísticas reflejan que más de la mitad de las apelaciones ordinarias no superan este filtro²⁸⁸.

Frente a la Suprema Corte, al igual que lo que sucedía durante la vigencia de la competencia jurisdiccional de la *House of Lords*, el parámetro fundamental es diverso. No se trata ya de verificar la verosimilitud del recurso o las chances de lograr la revocación del decisorio, sino de demostrar la presencia de una “*cuestión de derecho de importancia pública general*” (*point of law of general public importance*). Como afirma el autor antes citado, la primacía de este factor es consecuencia del rol fundamental asignado a los tribunales cimeros en los países del *common law*, en los que no interesa tanto colocar en dichos cuerpos jurisdiccionales la tarea de corrección de los errores de los jueces de grado, sino más bien la responsabilidad de clarificar y desarrollar el derecho ejercitando una función de *managment* sobre todo el sistema legal²⁸⁹.

²⁸⁵ Así lo establecen las *Civil Procedure Rules*, § 53.3(6): “El permiso para apelar puede ser otorgado sólo cuando: (a) el tribunal considere que la apelación tendría una real perspectiva de éxito; (b) exista alguna otra fuerte razón por la que la apelación debería ser oída”.

²⁸⁶ LE SEUR, Andrew, “Panning for gold: Choosing Cases for Top-level Courts”, en VVAA [Ed.: LE SEUR, Andrew], *Building the UK's New Supreme Court. National and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 271-292, esp. p. 272.

²⁸⁷ LE SEUR, Andrew, *ibid.*

²⁸⁸ V. JACK, Adrian, “Permission to appeal: revisited”, en 155 *New Law Journal*, p. 910 [2005], analizando el impacto de las reformas de 1999 que generalizaron el recaudo del permiso para apelar como condición para la admisión del embate. Expresa el citado autor que para el año 2003-2004, la Corte de Apelaciones desestimó el 56 % de los permisos requeridos, receptando sólo el 44 % restante para ser decidido en el fondo.

²⁸⁹ LE SEUR, op. cit., p. 273.

Del total de decisiones adoptadas sobre el instituto examinado (*permission to appeal*), puede extraerse la siguiente estadística²⁹⁰:

UKSC - Permiso para apelar (admisión y rechazos)				
Período: octubre 2009 – abril 2011				
		Inadmisible	Rechazo	Admisión
2009-2010	oct 09 - feb 10	1	61	24
2010	febrero-marzo		14	14
2010	marzo-abril		5	7
2010	mayo		15	8
2010	junio		11	4
2010	julio		25	18
2010	octubre		16	11
2010	noviembre	1	14	10
2010	diciembre		7	3
2011	Enero			1
2011	Febrero		15	7
2011	Marzo		10	8
2011	Abril	2	11	1
Total		4	204	116

Fuente (v. nota al pie anterior)

Los guarismos muestran una tasa considerable de rechazo en esta sede. Más de un 62% de la totalidad de los casos que pidieron ser oídos por la Corte fueron desestimados, denegándoseles el permiso respectivo. Sólo 116 de 324 peticiones fueron admitidas (es decir, aproximadamente el 35% de los casos cuya admisión se evaluara).

Si se tiene en cuenta que, desde su puesta en funcionamiento (1º de octubre de 2009) hasta el mes de mayo de 2011, la Suprema Corte dictó 104 sentencias de mérito (26 entre enero y mayo de 2011, 57 en 2010 y 21 en 2009)²⁹¹, puede apreciarse sin dificultad que la carga de tareas de dicho cuerpo difiere ostensiblemente de la que nutre la agenda de otros superiores tribunales de Europa y América, como quedará confirmado a medida que avancemos en el análisis del derecho comparado.

²⁹⁰ Cabe aclarar que la Corte sólo ha publicado un reporte anual (2009-2010), que tiene la estadística correspondiente a los permisos para apelar resueltos durante el período del 1º de octubre de 2009 al 31 de marzo de 2010. Para completar esta información con datos más actualizados, hemos elaborado una base propia tomando en consideración el listado revisado de la totalidad de los pronunciamientos dictados por la Corte sobre esta cuestión, que puede encontrarse en el sitio web del máximo tribunal británico: <http://www.supremecourt.gov.uk/news/permission-to-appeal.html>.

Queda así aclarado que la estadística que se aporta no es oficial, sino elaborada por el autor sobre la base de datos oficiales. La diferencia no es menor, ya que, al concretar esta tarea, hemos advertido leves diferencias entre las conclusiones estadísticas adoptadas en el citado *Annual Report* 2009-2010 y las cifras que emanan de la “versión revisada” del listado de causas individualmente publicado en el referido sitio oficial de la UKSC.

²⁹¹ Puede consultarse cada uno de los casos decididos en el sitio web de la Suprema Corte del Reino Unido: <http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/index.html>

No deben olvidarse, de todos modos, dos datos relevantes para valorar adecuadamente las cifras aludidas.

El primero es que, como fuera anticipado, estamos ante una cultura sustancialmente diversa en lo relativo a la utilización de las instancias impugnativas ordinarias o extraordinarias. Dicha cosmovisión se distingue abiertamente de la valoración habitual en nuestro medio, por la que se considera a la revisión en doble o múltiples instancias como un “derecho” que el litigante puede ejercitar en cualquier tipo de proceso, dando sólo cumplimiento a condiciones formales predeterminadas legalmente, sin requerir autorizaciones que puedan ser valoradas con un mayor grado de “discrecionalidad” por el tribunal.

El segundo aspecto a considerar respecto de la estadística aludida, es que el permiso para apelar recién es deducido ante la Corte de modo directo, frente a su desestimación por el *a quo*. Lo que implica señalar que una parte de las licencias para recurrir intentadas ante el inferior y desestimadas en dicha sede, quedan abortadas cuando el quejoso no acude ante el máximo tribunal para procurar revisar la denegatoria del embate por el órgano que dictó la sentencia atacada. Tales hipótesis de consentimiento tácito de la desestimación del permiso para apelar, no están incluidas en la estadística precedente.

A la hora de precisar qué constituye una “cuestión de derecho de importancia pública general”, la doctrina exhibe perplejidades similares a las que se elevan en todos los sistemas que brindan a sus cortes supremas la atribución para decidir qué casos decidir. Es que, al igual que en otras latitudes, la desestimación del permiso para apelar en el Reino Unido no exige –por regla- motivación alguna.

La relatividad del estándar referido se agudiza al advertir que -como sucede en la Argentina con el parámetro de la “trascendencia”- la referencia a la “importancia pública general” del caso no se encuentra acompañada de la indicación, siquiera enunciativa, de las pautas que deberán ser tenidas en cuenta para aplicar dicho filtro de selección. Naturalmente, ello deja un amplio margen de maniobra a la Suprema Corte.

Procurando brindar algún elemento de juicio relevante en la materia, CORNES y LE SEUR señalan inicialmente que no existe un “número mágico” de apelaciones que anualmente deban ser oídas anualmente por el cuerpo cimero, aunque –agregan- las limitaciones de los recursos humanos y materiales de la Corte pueden ser considerados

explícitamente como criterios para conceder o desestimar los recursos deducidos ante sus estrados²⁹². Agregan asimismo que la flexibilidad del concepto conlleva a que la agenda del máximo tribunal se modifique considerablemente en el tiempo (por ejemplo, profundizando el interés en la interpretación general de la legislación más reciente o aportando precedentes relevantes sobre materias específicas que interesan en un contexto sociopolítico determinado)²⁹³.

Afinando el análisis relativo a los roles que una corte de estas características esta llamada a cumplir, se señala que el órgano ubicado en el vértice de la jurisdicción británica debe desempeñar funciones de diversa índole, como la administración y manejo de sus precedentes, la innovación del derecho o la actuación como tribunal constitucional (aun en ausencia de una constitución escrita²⁹⁴). Misiones que, en lo que aquí interesa, sirven de guía para la selección de los asuntos que serán decididos en el mérito, destacándose la escasa utilidad de una corte suprema que sólo sirva como instrumento para la corrección de los errores cometidos por los tribunales inferiores o para dotar al sistema de decisiones de “mayor calidad” que las emanadas de aquéllos cuerpos jurisdiccionales²⁹⁵.

En definitiva, se sostiene con acierto que “la selección de casos es más que una mera forma de limitar la carga de trabajo de la Corte a un tamaño manejable, pese a que

²⁹² LE SEUR, Andrew – CORNES, Richard, “What do the top courts do?”, *UCL The Constitution Unit*, Junio 2000, p. 18 (disponible en: <http://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/59.pdf> [Último acceso: enero 2012]). En análisis fue realizado por los autores durante la vigencia de la *House of Lords*, aunque no existe razón que enerve la vigencia de sus conclusiones, ante la subsistencia del estándar de la “importancia pública general” para la apertura de la competencia apelada de la nueva Suprema Corte del Reino Unido.

²⁹³ *Ibid.*, pp. 18-19. Un análisis tradicional elaborado en el Reino Unido sobre la actuación de la Cámara de los Lores, distinguiendo los casos admitidos y resueltos según la materia involucrada, puede encontrarse en la clásica obra de BLOM-COOPER, Louis Jaques – DREWRY, Gavin, *Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity*, Clarendon Press, Oxford, 1972, especialmente capítulos XIII a XV (pp. 255-359), relativos los casos de derecho público, privado y tributario respectivamente. Un estudio más actualizado puede encontrarse en: VVAA (coord.: BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin), *The judicial house of Lords*, ob. cit., especialmente las colaboraciones de Rosalyn HIGGINS, “International Law”, ob. cit. pp. 457-482; Francis JACOBS y David ANDERSON, “European Influences”, id., pp. 483-500; HADFIELD, Brigid, “Constitutional Law”, id., pp. 499-523; Paul CRAIG, “Administrative Law”, id., pp. 524-540; David FELMAN, id., “Human Rights”, pp. 541-573; Brenda HALE, “Non-discrimination and equality”, 574-593; J.R. SPENCER, “Criminal Law”, 595-612.

²⁹⁴ Aun cuando el Reino Unido carece de dicha Ley Suprema formal, se entiende que entre los roles fundamentales del tribunal supremo de este país, se encuentra la decisión de asuntos en los que se ponen en juego problemas de derecho que forman parte de lo que típicamente se conoce como jurisdicción constitucional. Así, siguiendo los conceptos de LE SEUR y CORNES, se incluyen entre estas misiones: a) imponer límites a la legislación aprobada por los parlamentos electos; b) asegurar que las autoridades que ejercen competencias ejecutivas actúen dentro de los límites de sus poderes legales; c) decidir respecto de la distribución de poderes entre el gobierno nacional, los gobiernos regionales y supranacionales; d) proteger derechos fundamentales de los individuos (LE SEUR – CORNES, “What do the top courts do?”, cit. pp. 22-25).

²⁹⁵ Respecto de ese último aspecto, v. LE SEUR – CORNES, id., pp. 13-17.

esto es importante. El principal significado de la selección de causas –afirma LE SEUR– es permitir a la Corte *definir* su rol constitucional”²⁹⁶.

Como fuera adelantado, al igual que en otras latitudes, la decisión final de la Corte, *carece de una motivación significativa*, práctica ya existente durante la actuación de la Cámara de los Lores como tribunal de última instancia y que no ha quedado exenta de cuestionamientos. Más de una vez se ha alzado en favor de la introducción de modalidades de resolución que favorezcan la transparencia y control del modo en que el máximo tribunal selecciona los casos a decidir²⁹⁷. Sin embargo, al día de la fecha, la ausencia de fundamentos en la decisión impera como regla, que sólo cede en determinadas hipótesis previstas por el legislador en las que es necesario dar “breves razones” para lo decidido, como ocurre cuando se plantea una cuestión de derecho comunitario (conf. art. 271 –ex art. 234– del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; SCR, § 42[1])²⁹⁸.

Pese a la ausencia de motivación de la decisión, *otros mecanismos de transparencia* han sido implementados por la Suprema Corte del Reino Unido, como la publicación de los casos pendientes de resolución ante dicho cuerpo, con un resumen de los hechos

²⁹⁶ LE SEUR, “Panning for gold ...”, cit., p. 272.

²⁹⁷ V. LE SEUR, Andrew, “Panning for gold ...”, cit. p. 285-287, citando a su vez la opinión de Brice DICKINSON: “Las razones de la decisión nunca se hacen públicas, ni siquiera en forma sumaria. Esto es indudablemente desafortunado, aun cuando la Comisión Europea de Derechos Humanos, nada menos, haya dicho que, en circunstancias apropiadas, no ve nada malo en esta práctica. Si las razones se hicieran públicas ello ayudaría a los abogados a saber que temas de derecho pueden ser de aquellos que los *Lords* querían examinar en el futuro”.

²⁹⁸ Dispone la §42.1 de las *Supreme Court Rules*: “Cuando en una petición de permiso para apelar se plantea una cuestión de derecho comunitario que podría quedar sujeta a consulta de acuerdo al art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea y el permiso para apelar fuera rechazado, el panel de Jueces fundará brevemente su decisión”.

La previsión especial encuentra su antecedente en lo decidido por la Corte Europea de Justicia en el Caso 283/81, *CILFIT v. Ministero della Sanità* y el Caso C-99/00, *Criminal Proceedings against Lyckeskog*. En el primero de ellos, la CEJ se pronunció por la obligatoriedad que tienen los tribunales de última instancia de cada país, de remitir una cuestión de interpretación de las cláusulas de derecho comunitario ante el citado órgano jurisdiccional de la entonces Comunidad Europea, remisión que sólo es facultativa en caso que la articulación formulada fuera impertinente o que no existieran dudas razonables acerca de la interpretación correcta del marco normativo comunitario.

En el segundo caso, la Corte Europea de Justicia se pronunció enxpresamente considerando que el hecho que las reglas procesales de actuación ante los tribunales supremos impongan un análisis previo de admisión (como el permiso para apelar vigente en el Reino Unido o, en la causa comentada, el recaudo homólogo establecido para el máximo tribunal sueco), no son óbices para considerarlos como los “tribunales de última instancia” a los que se refiere la norma comunitaria para definir los órganos que se encuentran obligados a remitir la cuestión de interpretación ante la CEJ.

De dicho precedente puede derivarse, en lo que interesa al punto señalado en el texto, que de no proceder a tal remisión (por presentarse las hipótesis de excepción aludidas previamente), los tribunales superiores deberían dejar explicitadas aunque sea sintéticamente las razones por las que omite elevar una consulta ante el órgano de justicia comunitario. Lo que, en definitiva, ha sido expresamente contemplado en la § 42.1 de las *Supreme Cort Rules* antes referida.

y de las cuestiones de derecho articuladas, que son las que suscitaran la concesión del permiso respectivo²⁹⁹. De este modo, como lo anticipáramos oportunamente (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, esp. ap. 3.4), es posible propender a la transparencia en este ámbito, sin agravar la carga de motivación por parte del máximo tribunal, dado que –de este modo– el público puede acceder, aunque sea parcialmente, a los criterios que guían a la Corte en la tarea de decidir qué casos decidir.

IV. ALEMANIA.

Alemania es otro de los países que tiene escindidas las funciones de casación y control constitucional de última instancia.

El control de legitimidad en la interpretación y aplicación del derecho infraconstitucional es materia primordialmente asignada al Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof* - BGH) [en adelante indistintamente: TFJ o BGH], mientras que la determinación del alcance de los derechos y garantías constitucionales y la preservación final del respeto de la Ley Fundamental germana³⁰⁰ corresponde al Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) [en adelante: TFC o BverfGe].

1) El recurso de revisión ante Tribunal Federal de Justicia (BGH): el requisito del “significado fundamental” de las cuestiones debatidas.

El Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof* o BGH -en adelante, indistintamente: TFJ-), creado en 1950, actúa como corte suprema en las principales materias de la jurisdicción ordinaria (fundamentalmente en temas de índole penal y civil). Además del BGH, existen en Alemania otros 4 tribunales superiores relativos a áreas específicas de derecho material (v. art. 95, Ley Fundamental alemana): el Tribunal Federal Laboral (*Bundesarbeitsgericht*), el Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), el Tribunal Federal Social (*Bundessozialgericht*), el Tribunal Federal Fiscal (*Bundesfinanzhof*)³⁰¹.

²⁹⁹ La información puede consultarse en el sitio web de la UKSC: <http://www.supremecourt.gov.uk/current-cases/index.html>.

³⁰⁰ Ley Fundamental para la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949 (versión en español en: SCHWABE, Jürgen [compilador], *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* [traducción: Marcela ANZOLA GIL - Emilio MAUS RATZ, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 567 y ss.)

³⁰¹ V. FEDERAL COURT OF JUSTICE, *The Federal Court of justice*, Karlsruhe, 2010, p. 4; GOTTWALD, Peter, “Review Appeal to the German Federal Supreme Court after the reform of 2001”, en VVAA [ORTELLS

En tal carácter, en lo que aquí interesa, el TFJ se desempeña como última instancia de revisión de las decisiones adoptadas en materia civil por los tribunales regionales (actuando como órganos de apelación) o, en su caso, de los superiores tribunales regionales.

Su función primordial es asegurar la uniformidad en la aplicación e interpretación de la ley y favorecer el desarrollo del derecho. Es decir, que posee el rol propio de un tribunal de casación, misión que es ejercitada fundamentalmente a través del *recurso de revisión* regulado en la § 542 y ss. de la ZPO³⁰².

En cuanto a su organización, el TFJ está dividido en salas que, en materia civil, ascienden actualmente a 12, cada una de ellas dedicada primordialmente a un grupo de materias específicas (vg., sala I: derechos intelectuales; sala II: derecho corporativo; sala III: responsabilidad del estado y expropiaciones, etc.)³⁰³. Ante sus estrados sólo pueden litigar los abogados expresamente habilitados a tales efectos, lo que obviamente procura garantizar la calidad técnica de la intervención profesional en esta instancia.

Los motivos por los que procede el recurso de revisión, como fuera expresado, coinciden con los que en general integran el repertorio de causales de la casación. Así, el § 545 de la ZPO dispone que dicho medio de embate puede fundamentarse sólo en la violación del derecho federal o de disposiciones cuya aplicación se extiende a la circunscripción de un tribunal superior del Estado, quedando fuera de su andamiaje las cuestiones de competencia de los tribunales de primera instancia.

Ahora bien, para que la impugnación sea admitida, el § 543, en su redacción actual³⁰⁴, dispone que la cuestión de derecho involucrada debe tener un “significado

RAMOS: coord.], *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, pp. 87-106, esp. p. 87.

³⁰² En atención a la similitud entre el recurso de revisión alemán y los instrumentos casatorios vigentes en diversos países de Europa continental y en América Latina, alguna traducción de la ZPO ha hecho directamente referencia al instituto regulado en Libro 3, parte 2º del ordenamiento adjetivo civil alemán, como “recurso de casación” (v. en tal sentido, PÉREZ RAGONE, Álvaro y ORTIZ PADILLO, Juan Carlos, *Código Procesal Civil Alemán [ZPO]. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006, p. 291). Sin embargo, prima en la literatura comparatística la traducción más literal, que mantiene el nombre de “revisión” para esta vía de impugnación, por ser idéntico – salvo por la acentuación- al que se le asigna en la lengua de origen (“revision”).

³⁰³ La composición de las salas del BGH puede consultarse en su sitio web: http://www.bundesgerichtshof.de/EN/Judges/judges_node.html.

Asimismo, la especialización por materias de cada una de dichas divisiones puede encontrarse en http://www.bundesgerichtshof.de/EN/FCoJ/TaskOrganisation/AllocationDuties/allocationDuties_node.html.

³⁰⁴ Antes de la reforma de 2001, el ingreso a la Corte estaba determinado fundamentalmente sobre la premisa de la importancia pública general del asunto. El uso de dicha herramienta de selección, que no era

fundamental” (inc. 1) o sea necesaria una resolución del tribunal para el “perfeccionamiento del derecho” o el “asguramiento de una jurisprudencia unificada” (inc. 2).

La consagración de este tipo de estándares importa una variante de “filtro” destinado a reducir el conocimiento de las causas que resultan dignas de obtener un pronunciamiento de mérito. No cualquier denuncia de infracción normativa podrá abrirse paso esta sede, sino sólo aquellas dotadas de *significado fundamental*, o que se muestren idóneas para *perfeccionar el derecho* o *uniformar la jurisprudencia*³⁰⁵.

La noción de *significado fundamental* está frecuentemente asociada con la importancia pública del caso, estándar usual en otras latitudes para determinar la calidad de los asuntos que una corte suprema decidirá en el fondo.

Señala GOTTWALD, siguiendo la jurisprudencia del BGH, que dicha nota se presenta, en primer lugar, en hipótesis en las que una cuestión legal relevante requiera clarificación y sea susceptible de reiterarse en un número indefinido de casos, interesando dicho desarrollo homogéneo a la comunidad en general³⁰⁶. Por otra parte, el parámetro en cuestión (significado fundamental) puede considerarse satisfecho cuando sus consecuencias potenciales involucren al interés público de un modo excepcional (requiriendo consecuentemente un pronunciamiento del Tribunal Federal de Justicia), o puedan convocar la atención de la Corte Europea de Justicia.

Algunos supuestos han sido identificados como carentes de “significación fundamental” a los efectos de la admisión del recurso de revisión, como por ejemplo: i) los tópicos de derecho que no se exhiban como novedosos; ii) los casos en los que se pretende reexaminar la especial aplicación que se hiciera de una regla cuyos alcances no

acompañado de mayores fundamentos acerca de las razones de la admisión o rechazo, había provocado un aumento de las voces que sostenían que dicha fórmula, por su especial vaguedad, otorgaba al superior tribunal federal demasiada discrecionalidad. Luego de intensos debates, fue aprobada en 2001 la fórmula vigente (v. GOTTWALD, Peter, “Review Appeal to the German Federal Supreme Court ...”, cit. p. 90), que brinda parámetros algo más precisos, aunque –como veremos a continuación- están lejos de gozar de una tipicidad elocuente.

³⁰⁵ Es de señalar que los estándares mencionados en el texto, además de resultar los pilares fundamentales del juicio de admisión del recurso de revisión ante el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria germana, constituyen elementos significativos para obtener revisión en segunda instancia (es decir en la instancia ordinaria de apelación), cuando el caso no cumple con el recaudo de la *suma gravaminis* (v. PÉREZ RAGONE, Álvaro, “El nuevo proceso civil alemán: principios y modificaciones al sistema recursivo”, en *LL. Suplemento de Actualidad*, del 17-V-2005, del 19-V-2005 y del 24-V-2005, par. III.A).

³⁰⁶ GOTTWALD, Peter, “Review Appeal to the German Federal Supreme Court ...”, cit. p. 90.

se ponen en crisis; iii) los asuntos en los que la solución adoptada depende fundamentalmente de la determinación de los hechos controvertidos³⁰⁷.

Cabe destacar que pese al carácter especialmente indeterminado de expresiones como el “significado fundamental” de las cuestiones articuladas, la valoración de dicho estándar no se confunde en la doctrina alemana con el reconocimiento de potestades discrecionales de selección. De hecho, la reforma del año 2002 dejó sin efecto el resorte que hasta entonces se arrogaba el BGH de desestimar flexiblemente recursos que hubieran sido admitidos por el *a quo* sobre la base de la *suma gravaminis*. Dicho remedio había sido utilizado por el cimero cuerpo como instrumento de descongestión de causas, justificando explícitamente su proceder en razones de eficiencia (sobrecarga de tareas). Tal hermenéutica fue declarada inconstitucional por el Superior Tribunal Constitucional (BVerfGe) antes de la reforma, entendiéndose actualmente que el BGH carece de potestades selectivas en sentido estricto, que le permita regular el ingreso de casos estrictamente sobre la base de sus posibilidades materiales de resupuesta³⁰⁸.

El segundo parámetro anticipado, establecido actualmente en el § 543, inc. 2) de la ZPO, es la presencia de cuestiones que permitan perfeccionar o desarrollar el derecho. Se trata de situaciones en las que la temática abordada no hubiera recibido un abordaje exhaustivo por la reglamentación vigente, dejando espacios vacíos necesitados de una complementación sobre la base de principios jurídicos que permitan echar luz sobre tales lagunas y hacer avanzar así el estado de derecho. También esta variante se muestra especialmente apta para desarrollar instrumentos de interpretación dinámicos, tendientes –por ejemplo- a revisar jurisprudencia o valoraciones que no reflejen adecuadamente el estado de situación social, político o económico vigente en un momento determinado³⁰⁹.

Finalmente, el citado precepto adjetivo contiene un ejemplo más de la preferencia que muestra el derecho comparado hacia la función uniformadora tradicionalmente asignada a esta clase de tribunales supremos. Nos referimos a la cláusula del § 543 inc. 2 de la ZPO, por la que se dispone la admisibilidad de la revisión

³⁰⁷ GOTTWALD, cit., pp. 90-91.

³⁰⁸ PÉREZ RAGONE, Álvaro, “La reforma del proceso civil alemán. Principios rectores, primera instancia y recursos”, en VVAA (MARINONI, Luiz Guilherme: coord.), *Estudos de Direito Processual Civil*, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, pp. 728-754, esp. p. 749.

³⁰⁹ En esta línea, v. GOTTWALD, cit. p. 91.

cuando fuera necesaria una resolución del BGH para “asegurar una jurisprudencia unificada”³¹⁰. En este supuesto queda encuadrada la revisión de sentencias de los tribunales inferiores que consciente o inconscientemente se apartan de precedentes del citado cuerpo cimero (por ejemplo, distinguiendo la solución a adoptar en el caso por razones inadecuadas –uso indebido del *distinguishing*-).

En líneas generales, la citada corte federal ha destacado que no interesa que el error cometido sea evidente como para habilitar la revisión en esta sede. Por ende, la seriedad del error denunciado no es un indicador suficiente para justificar la intervención del máximo tribunal. En tal sentido, se ha destacado la importancia que tiene el análisis del riesgo latente de que este “error sintomático” se repita, para lo cual es necesario acreditar el “peligro estructural latente de que el desconocimiento de la regla se generalice”³¹¹.

Una particularidad del régimen alemán es la vinculatoriedad de la decisión del tribunal *a quo* que concede el recurso de revisión valorando los parámetros estudiados precedentemente. Cuando el tribunal o corte suprema regional (órganos inferiores a los efectos del recurso de revisión) se expiden concediendo el embate por considerar que las cuestiones articuladas tienen “significación fundamental”, favorecen el desarrollo del derecho o la uniformación de la jurisprudencia, el BGH no tiene atribuciones para revisar lo decidido y resolver –por ejemplo- que el caso carece de la trascendencia sostenida por el *a quo*. De este modo, el diseño estudiado se aparta de la tradicional regla según la cual el *ad quem* debe ser el juez final de la admisibilidad de este tipo de recursos.

En la hipótesis inversa (es decir: cuando el recurso es desestimado por el inferior, entendiendo que no se dan las condiciones establecidas en el § 543 de la ZPO), el tribunal supremo federal sí tiene potestades para dejar sin efecto lo decidido y admitir el embate, por medio del recurso de queja generalizado a partir de la reforma de 2001 (§ 544, ZPO). Dicha vía impugnativa es por demás frecuente si se tiene en cuenta que, como señala PÉREZ RAGONE, la tasa de admisión de recursos de revisión por parte de los tribunales de segunda instancia es muy baja³¹².

³¹⁰ La expresión entrecomillada pertenece a la citada traducción de PÉREZ RAGONE y ORTIZ PRADILLO, *Código Procesal Civil alemán [ZPO]*, ob. cit., p. 291.

³¹¹ GOTTWALD, cit. p. 92.

³¹² PÉREZ RAGONE, Álvaro, “La reforma del proceso civil alemán ...”, cit. p. 751.

2) Competencia apelada del Tribunal Federal Constitucional: la necesidad de que el asunto sea “constitucionalmente significativo” como presupuesto de admisión del recurso de amparo.

El Tribunal Federal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht* –en adelante, indistintamente: TFC o BverfGe-) es uno de los más reconocidos órganos de la jurisdicción constitucional del derecho comparado. Su jurisprudencia ha sido seguida y analizada modernamente en diversas latitudes y especialmente en América Latina, siendo posiblemente una de las más importantes y autorizadas fuentes de hermenéutica constitucional europea de las últimas décadas.

Pergeñado por la Constitución de 1949 (arts. 93 y 94, Ley Fundamental alemana [LFA])³¹³, su puesta en funcionamiento tuvo lugar un par de años después, con la sanción de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (LTCF), del 12 de marzo de 1951³¹⁴. Está integrado por dos salas de ocho jueces cada una, que duran en sus mandatos 12 años. Tres de los jueces de cada sala pertenecen a los otros tribunales supremos de la Federación (§ 2 y 4, LTCF).

La Ley Fundamental alemana (art. 93) confiere al Tribunal Constitucional competencia para conocer en toda clase de planteos vinculados con la interpretación de sus cláusulas, así como en diversos conflictos suscitados entre el estado federal y los estados locales, y en procesos especiales como el de destitución del Presidente (art. 61) o las pretensiones de tutela constitucional deducidas ante la lesión de derechos fundamentales por parte las autoridades públicas, etc.

Los citados reclamos de tutela constitucional, asimilables a la acción de amparo (art. 93[1]4.a, LFA), constituyen la fuente principal de actuación del TFC. De acuerdo a

³¹³ Ley Fundamental para la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949 (versión en español en: SCHWABE, Jürgen [compilador], *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* [traducción: Marcela ANZOLA GIL - Emilio Maus RATZ, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 567-628). También puede consultarse la traducción de los profesores Ricardo GARCÍA MACHO y Karl-PETER SOMMERMANN: *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Bundestag Alemán (Sección de Relaciones Públicas), Berlín, 2009 (disponible con actualización hasta 2010 en el sitio del parlamento alemán: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>).

³¹⁴ Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG), del 12 de marzo de 1951 (versión en español en: SCHWABE, Jürgen [compilador], *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, ob. cit., pp. 629-660).

estadísticas publicadas en el sitio oficial de este cuerpo de justicia³¹⁵, entre los años 1951 y 2005, fueron presentadas 157.233 aplicaciones ante el TFC, de las cuales 151.424 (es decir: el 96% aproximadamente) estaban referidas a dicho tipo de pretensiones de tutela constitucional.

Cuando actúa por este medio (§ 13.8.a], LTFC), por regla, la competencia del máximo tribunal es ejercida luego de que el caso transitara ante otros órganos de justicia, es decir, que actúa por vía apelada³¹⁶.

En líneas generales, la competencia apelada de la corte constitucional alemana debe pasar por un juicio de admisión previo, basado primordialmente en el parámetro de la “significación constitucional” del caso, aunque permitiendo también al recurrente invocar que la decisión denegatoria de fondo de ocasiona un “grave perjuicio” (§ 93.a.2], LTFC). La decisión de inadmisión, por ejemplo, por considerarse que el tema en discusión es constitucionalmente “insignificante”, no requiere motivación (§ 93.d.1], ley cit.)

Un margen adicional de flexibilidad en la definición de los recaudos de admisión del caso, tiene que ver con la oportunidad en la que el TFC conocerá del mismo. El ordenamiento germano habilita una especie de *per saltum*, que permite al cimero cuerpo conocer del amparo deducido sin necesidad de agotamiento de las vías judiciales ordinarias. Así, cuando el debate constitucional tenga importancia general o cuando la tutela requerida contra la lesión sufrida posea una especial urgencia, es posible “saltar” instancias previas no transitadas o no finalizadas y solicitar la intervención directa del máximo tribunal. Para que el TFC decida oír un caso en estos términos, los motivos alegados ante su sede deben tener alguna de las siguientes cualidades: i) tener importancia general; o ii) demostrar que el impugnante sufrirá un perjuicio grave e ineludible en caso de ser remitido a las vías ordinarias para su solución (§ 90.2, LTFC).

Como puede advertirse, los parámetros utilizados por la legislación aludida para regular cualitativamente el acceso de causas al máximo tribunal constitucional alemán, varían en su calidad: el primero de ellos (el grado de “significación constitucional”) se asimila a los que en otras latitudes imponen como condición para la actuación de las

³¹⁵ V. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/verfassungsbeschwerde.html> (versión en inglés)

³¹⁶ KOMMERS, Donald P., “An Introduction to the Federal Constitutional Court”, 2 *German Law Journal* (2001), esp. par. D].

cortes supremas, esto es: que los puntos a resolver sean “trascendentes” o cuenten con “repercusión o importancia pública general”. Sin embargo, la formulación de la regla atenúa el grado de discrecionalidad acordado a la Corte para resolver sobre el punto, ya que, mientras en otros países (como en los EEUU o, parcialmente, en la Argentina), la norma atribuye expresamente potestades “discrecionales” en el punto, la ley alemana expresa que la corte “deberá” conceder el recurso si se dan las hipótesis allí contempladas. Con lo que la tarea de la Corte se limita a verificar en cada caso, la presencia de tales hipótesis especiales: de estar configuradas en un caso concreto (y sin perjuicio de la flexibilidad que el tribunal tendrá para definir tales nociones generales), el caso tendrá que ser oído.

Los restantes parámetros, si bien utilizan igualmente un lenguaje especialmente indeterminado, se apoyan más en el rol del tribunal como custodio de garantías individuales. Nos referimos a los estándares que se refieren principalmente al *ius litigatoris*, como la “gravedad” de la lesión sufrida por el recurrente o la “severidad” de la infracción constitucional denunciada.

También tiene el TFC la atribución de descartar *ab initio* presentaciones claramente infundadas (§ 24, LTFC), siguiendo así la tendencia generalizada hacia el reconocimiento de potestades de inadmisión basadas en la ostensible imperfección técnica o desacierto de los recursos tramitados ante esta clase de órganos. Ocurre lo mismo en la hipótesis inversa, es decir, cuando se advierte liminarmente que el embate es “manifiestamente fundado”, por haber sido el tema resuelto por el TFC en casos análogos (§ 93.c.1], LTFC).

V. ITALIA.

1) Introducción

Por la notable influencia que ha tenido en nuestro ámbito el estudio de la casación italiana, es siempre interesante recurrir a la experiencia de este país para verificar los esfuerzos que allí se despliegan en procura de atenuar la crisis que afronta el tribunal ubicado en el vértice de la jurisdicción ordinaria: la *Corte Suprema di Cassazione*. No es éste obviamente el lugar de sumergirnos en la significativa historia de la aludida figura, ni tampoco de profundizar en los diversos detalles de su rica

fisonomía³¹⁷, ya que tal labor excedería los límites de esta investigación. Sólo entendemos necesarias algunas breves precisiones que puedan servir para poder introducirnos en la específica problemática aquí abordada.

A título introductorio, en lo que hace al objeto de nuestra investigación, es de advertir que, pese a la prédica de varios autores que se vienen pronunciando por la conveniencia de avanzar hacia el reconocimiento atribuciones de selección cualitativa en cabeza del máximo tribunal, al día de la fecha dicha aspiración no ha rendido frutos definitivos, por diversos motivos que analizaremos más adelante. Sin embargo, la sanción en el año 2009 del llamado “filtro” en el ámbito del recurso de casación, aunque no constituya un paso decisivo ni equiparable a los más refinados dispositivos vigentes en el derecho comparado, se exhibe como un movimiento hacia la consagración de mecanismos de este tenor para aliviar la labor del cimero cuerpo peninsular, concentrando sus esfuerzos en el tratamiento de aquellos asuntos propios de su rol primario.

2) El recurso de casación en Italia (nociones generales).

Como fuera adelantado, sólo corresponde a los confines del presente la enunciación sintética de algunos aspectos generales del recurso que constituye la matriz de la labor nomofiláctica en Italia: el ‘*ricorso per Cassazione*’.

Esta tarea introductoria servirá para ubicar en su contexto el estado de situación de la problemática a la que nos venimos dedicando. En particular: el debate sobre los alcances del llamado “filtro” recientemente introducido en el art. 360 *bis* del ordenamiento adjetivo civil italiano (conf. reforma ley n° 69/2009) y sobre los medios adecuados para circunscribir los esfuerzos de la Corte Suprema al cumplimiento de su función más eminente: asegurar la observancia y la uniforme interpretación del derecho.

³¹⁷ Nos permitimos remitir a CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil* [trad. Santiago SENTÍS MELENDO], título octavo, t. I, vol. 2, Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 295-377; CLAMANDREI, Piero – FURNO, Carlo, *Voz “Cassazione civile”* en *Novissimo Digesto Italiano*, II, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1958, pp. 1053-1104 [esp. pp. 1057-1063, respecto del perfil histórico del instituto]; TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil*, ob. cit., pp. 35-69; FAZZALARI, Elio, *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960. Para un estudio de los antecedentes de la casación italiana en la doctrina nacional, v. HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, ob. cit., cap. IV, pp. 105-130; v. asimismo MORELLO, Augusto M., *La Casación. Un modelo intermedio eficiente*, Platense, 2° ed., 2000, pp. 71-76.

2.1) *La Corte Suprema di Cassazione*

a) En tal sentido, cabe inicialmente precisar que, al igual que otros países del *civil law* (vg., Austria, Brasil, Colombia, España, Francia, Alemania, etc.) Italia tiene dos cuerpos colocados en la cúspide del sistema de justicia, ya que se trata de uno de los ordenamientos que, siguiendo el ideario kelseniano, ha decidido escindir el control de constitucionalidad respecto de las restantes funciones de contralor de la interpretación normativa³¹⁸.

Es así que desde la Constitución de la República Italiana de 1948³¹⁹ (art. 134), se asigna a la *Corte Costituzionale* (cuerpo de 15 integrantes elegidos por cada uno de los tres poderes del estado, por tercios³²⁰) la competencia exclusiva para conocer: i) en las

³¹⁸ Para una crítica, en Italia, de la escisión entre las funciones de uniformación de la correcta interpretación de la norma, por un lado, y el control de constitucionalidad, por el otro, v. PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 4° ed., 2002, p. 509. Considera allí el autor que si bien la distinción entre ambas funciones parecería ser neta y bien delineada, en el plano práctico se revela muy difícil de garantizar, precisando con claridad las razones de dicha dificultad: “de una parte, efectivamente, el juez ante el que tramita la controversia, competente para juzgar si la cuestión de constitucionalidad es manifestamente infundada, bien puede en tal sede interpretar la disposición de la ley de modo de adecuarla con el dictado constitucional, colocando así fuera de juego a la intervención de la Corte Constitucional; del otro lado, la Corte Constitucional debiendo interpretar las normas de la ley llevadas a su contralor, viene a romper esa suerte de monopolio de la interpretación que el art. 65 del la ley de organización judicial atribuye en realidad a la Casación y a ubicarse como punto de referencia alternativo de dicha labor para los jueces de mérito” (*ob y loc. cit.*, traducción propia).

³¹⁹ Pese a que la vigencia de dicha Constitución data del 1° de enero de 1948, la Corte Constitucional recién comenzó a sesionar varios años después, en 1955, debido a diversas demoras producidas en la sanción de las leyes destinadas a reglamentar su funcionamiento, así como la integración efectiva del cuerpo (v. sobre esta fase liminar de la historia del órgano: CORTE COSTITUZIONALE, *Che cose é la Corte Costituzionale*, 3° ed. actualizada [a cura dell'ufficio stampa], Roma, 2009, esp. pp. 17-19).

Hasta ese momento, Italia poseía un sistema de control constitucional difuso a cargo de los jueces comunes, similar al de los Estados Unidos o la Argentina, por lo que era la Corte de Casación, a la que nos dedicaremos especialmente en esta parcela de la investigación, la que retenía la última palabra respecto de dicha labor de inspección suprallegal. Recuerda PROTO PISANI, valiéndose de las palabras de PIZZORUSSO, que “la escasa actitud demostrada por los magistrados que en ese período componían la Corte a desarrollar eficazmente ese rol ... impidió que tal sistema pudiera resultar suficientemente eficaz para hacer sentir como superflua la efectiva constitución de la Corte Constitucional” (PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, ob. cit., p. 509). Sin embargo, aclara el autor que posteriormente quedó atenuada esta dificultad por el entendimiento armónico de que a los jueces ordinarios (y en la cima de ello, al tribunal de Casación) les corresponde exclusivamente la función de interpretar la ley, mientras que a la Corte Constitucional le compete cotejar el sentido de la ley así interpretada, con el texto de la Constitución (algo similar ocurre en la Argentina con la hermenéutica de las leyes ajenas a la competencia de la Corte Suprema de la Nación, al ser confrontadas con la Constitución federal por vía del art. 14 de la ley 48). La problemática que de todos modos subsiste es la diferencia entre los tiempos que demanda, por un lado, proseguir la cadena de recursos que termina en la interpretación final de la ley (en su caso, hasta la Casación), y, por el otro, la definición de la cuestión constitucional. Dado que modernamente la Corte Constitucional resuelve más rápido que las instancias ordinarias, la interpretación definitiva de la norma no está agotada cuando el citado cuerpo ejerce su misión, por lo que “se ha quebrado nuevamente el equilibrio antes logrado” (PROTO PISANI, ob. cit., 510).

³²⁰ De acuerdo al art. 135 de la Constitución italiana, los 15 miembros de la Corte Constitucional serán elegidos del siguiente modo: un tercio por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento y un tercio por la suprema magistratura ordinaria y administrativa. Sólo pueden ser nominados para tal cargo los

controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos que poseen la fuerza de tales, sean del Estado nacional o de las Regiones (la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos “derogatorios” de la norma, ya que, de acuerdo al art. 136 de la Constitución, aquélla pierde eficacia al día siguiente de la publicación del fallo³²¹); ii) en los conflictos de poder (sea entre los diversos Poderes del Estado nacional; entre éste y las Regiones; o entre las últimas); iii) en la acusación promovida contra el Presidente de la República.

Por su lado, la *Corte Suprema di Cassazione* es el máximo exponente de las funciones nomofiláctica y uniformadora de la legislación nacional³²², ya que tiene como atribución fundamental controlar la “exacta” interpretación de la normativa (tanto procesal como sustancial), efectuada por los tribunales ordinarios de apelación o de instancia única. Dicha labor es desarrollada a través del recurso de casación (*ricorso per cassazione*) regulado en el título III, cap. III del CPC italiano (arts. 360 y ss.), al que haremos breve referencia en el los próximos apartados.

b) La *Corte de Casación*, adoptada originalmente en Italia por diversos estados pre-unitarios, luego consolidada a nivel nacional con el nacimiento del Reino (1861) y recién unificada en 1923 (con la supresión de las casaciones regionales hasta entonces vigentes y la concentración de tal competencia en un tribunal con sede en Roma), fue diseñada siguiendo fundamentalmente las raíces del sistema francés (control de legitimidad con juicio de reenvío). Conserva al día de la fecha su posición privilegiada en el vértice de la justicia ordinaria, aunque –como veremos- algunas de las cualidades que definían su fisonomía original fueron evolucionando.

Actualmente está compuesta por un *Primo* Presidente y 13 “*sezioni semplici*” (6 civiles y 8 penales –incluyendo la llamada “sección ferial”-), cada una de las cuales, a su turno, es presidida por uno de los magistrados que la integran. En total, los jueces de

jueces, los profesores ordinarios de la Universidad y abogados con más de 20 años de ejercicio profesional. La designación es por nueve años y no son reelegibles.

³²¹ V. ORIANI, Renato, “Sull’effetti delle sentenze d’incostituzionalità di norme processuali”, en VVAA [a cura di FAZZALARI, Elio], *Diritto Processuale Civile e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 317-360.

³²² Es de advertir que, al igual que en Argentina, el Estado nacional posee en Italia la atribución de legislar en materia civil y penal, aunque, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ámbito, también le corresponde disponer sobre materia procesal, jurisdiccional y sobre la justicia administrativa (art. 117, Constitución italiana).

casación son 396, de los cuales 340 cargos están efectivamente cubiertos³²³. En el sector “civil”, las secciones simples se dividen por materia (vg., derecho civil y comercial, laboral, tributario, etc.).

A la reunión de dichas salas se las denomina “secciones unidas” (una civil y una penal), compuestas fundamentalmente por los magistrados más calificados de las secciones simples, lo que las transforma en órganos especialmente autorizados³²⁴. El rol principal de las *sezioni unite* se pone en juego, entre otras circunstancias: i) cuando es necesario uniformar criterios jurisprudenciales inconsistentes adoptados por las aludidas divisiones “simples”; y ii) para el juzgamiento de cuestiones de “particular importancia” (conf., en el ámbito civil, arts. 374 y 376, CPC italiano).

c) La posición cimera de la Corte de Casación en la organización de la justicia italiana, así como ciertas particularidades -que luego examinaremos (v. *infra*, ap. 3)]- relativas al encuadre constitucional del recurso que habilita el acceso a sus estrados (*ricorso per Cassazione*), han colocado a aquélla en un contexto signado por una marcada sobrecarga. De la estadística oficial publicada por el cimero cuerpo, se relevan los siguientes indicadores de dicho escenario, sólo en lo concerniente a su competencia civil *lato sensu* (que incluye la materia del trabajo y tributaria³²⁵):

³²³ La referencia a la relación entre cargos disponibles y cubiertos efectivamente extraída de CARPI, Federico, “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la Reforma de 2006. Análisis comparado”, en VVAA [OTEIZA, Eduardo: coord.], *Reforma Procesal Civil*, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 26; *id.*, “El tormentado filtro al ricorso in Cassazione”, en *Corriere Giuridico*, IPSOA, Milano, 2009, vol. 26, p. 1444.

³²⁴ PROTO PISANI, *Lezioni de Diritto Processuale Civile*, ob. cit., p. 529.

³²⁵ Es de recordar que en Italia la jurisdicción administrativa (que comprende la tutela de los “intereses legítimos” y –en los casos indicados por la ley- de los “derechos subjetivos” de los particulares respecto de la administración pública), es ejercida en última instancia por el Consejo de Estado. Contra la decisión de este último es posible recurrir en casación, aunque sólo “por motivos inherentes a la jurisdicción” (arts. 103 y 111 *in fine*, Constitución italiana). De tal modo, las decisiones del Consejo de Estado quedan excluidas del control de legitimidad genérico propio de la casación, siendo procedente su articulación en este ámbito sólo en los casos de “exceso de poder jurisdiccional” (v. MENCHINI, Sergio, “Giurisdizione amministrativa esclusiva e ricorso per Cassazione, ex art. 111, comma 7, Cost.”, en VVAA [a cura di FAZZALARI, Elio], *Diritto Processuale Civile e Corte Costituzionale*, ob. cit., pp. 277-295). Destaca este último autor que la exclusión de la inspección de legalidad respecto de las decisiones del Consejo de Estado no es fruto de una decisión irreflexiva, sino consecuencia de la elección del un sistema de pluralidad de jurisdicciones. Así, Italia se apartó del esquema de unicidad de la jurisdicción propuesta por CALAMANDREI (1946), por el que se postulaba concentrar en la justicia ordinaria la resolución de la totalidad de las controversias suscitadas en materia civil, penal y administrativo. En efecto, la Constitución de 1948, contrariamente a la idea postulada por aquél conocido publicista, se apoyó en un sistema de duplicidad de jurisdicciones: uno para la defensa de los derechos subjetivos, la otra para la tutela de los intereses legítimos, lo que –como explica el autor que seguimos- no podía sino tener repercusiones organizativas (MENCHINI, Sergio, cit., p. 279).

Corte de Casación (competencia civil)						
Año	Ingresadas		Resueltas		Pendientes	
	<i>Valores Absolutos</i>	<i>Variación porcentual</i>	<i>Valores Absolutos</i>	<i>Variación Porcentual</i>	<i>Valores absolutos</i>	<i>Variación porcentual</i>
1993	12.788	-	15.630	-	35.107	-
1994	14.642	14,5%	13.555	-13,3%	36.194	3,1%
1995	15.841	8,2%	15.608	15,1%	36.427	0,6%
1996	14.846	- 6,3%	14.193	- 9,1%	37.080	1,8%
1997	17.540	18,1%	15.931	12,2%	38.689	4,3%
1998	22.664	29,2%	15.519	- 2,6%	45.834	18,5%
1999	23.898	5,4%	18.575	19,7%	51.056	11,4%
2000	25.795	7,9%	20.799	12%	56.597	10,9%
2001	31.905	23,7%	19.111	- 8,1%	69.389	22,6%
2002	33.332	4,5%	19.929	4,3%	82.791	19,3%
2003	30.860	- 7,4%	21.707	8,9%	91.963	11,1%
2004	28.577	- 7,4%	26.522	22,2%	93.726	1,9%
2005	32.514	13,8%	31.177	17,6%	95.081	1,4%
2006	35.169	8,2%	29.641	- 4,9%	100.805	6,0%
2007	32.278	- 8,2%	29.776	0,5%	102.588	1,8%
2008	30.406	- 5,8%	33.928	13,9%	99.066	- 3,4%
2009	28.418	- 6,5%	31.253	- 7,9%	96.233	- 2,9%
2010	30.383	7%	28.963	-7%	97.653	1,5%
2011	30.889	2%	32.948	14%	95.594	-2,1%

Italia: Duración promedio de las causas en casación (civil)	
Año	Duración promedio (en meses)
2002	28,9
2003	32,2
2004	30,6
2005	32,2
2006	36,1
2007	39,8
2008	38
2009	36,8
2010	35,4
2011	36,7

Fuente: Corte Suprema di Cassazione - Ufficio Statistico³²⁶

En cuanto al resultado de los recursos de casación interpuestos, puede señalarse que, de acuerdo con la citada fuente oficial, en el año 2011, sólo el 35 % de los embates

³²⁶ V. <http://www.cortedicassazione.it/DocumentiPrimaPag/statistiche/Civile/StatisticheCivile.asp> (último acceso: mayo 2012).

deducidos fueron acogidos (19% con reenvío - 16 % sin reenvío), resultando los demás desestimados o extinguidos por diversas razones (entre las que se destacan: 42% rechazados en cuanto al mérito; 18 % declarados inadmisibles).

2.2) Resolución recurrible y causales del recurso de casación.

a) De conformidad con lo normado en el art. 360 del CPC italiano, el *ricorso per cassazione* procede contra las sentencias pronunciadas en grado de apelación³²⁷ o por tribunales de instancia única, en alguno de los siguientes casos:

- por motivos atinentes a la jurisdicción (vg., ausencia de “jurisdicción” de los jueces ordinarios frente a jurisdicciones especiales o frente a la justicia extranjera) [inc. 1];
- por violación de las normas sobre competencia, cuando no está prescripto el trámite especial del *regolamento* de competencia³²⁸ [inc. 2];
- por violación o falsa aplicación de normas de derecho, contratos y acuerdos generales nacionales del trabajo³²⁹ [inc. 3];

³²⁷ Se admite en Italia la posibilidad de que la Corte de Casación entienda *per saltum* en un asunto, cuando las partes hubieran convenido expresamente omitir la instancia ordinaria de apelación, aunque tal variante sólo procede frente a la principal hipótesis de inspección de los errores *in iudicando* autorizada en dicho ordenamiento, que veremos a continuación: la hipótesis de violación o falsa aplicación de normas de derecho o convenios colectivos de trabajo (v. art. 360, antepenúltimo párrafo, CPCC; v. asimismo ASPRELLA, Cristina, “Brevi note su ricorso per saltum e ... teoria evolutiva”, en *Giustizia civile*, 2000, vol. 50, fasc. 7/8, pp. 2032-2036; FRUS, Giorgio, “Il ricorso per cassazione c.d. 'per saltum': istituto inutile o da riscoprire?”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000-1, pp. 151 -177).

Puede advertirse que esta herramienta de ‘*by pass*’ difiere de la que en Argentina fue admitida pretorianamente y de modo excepcional en el conocido caso “Dromi” (CSN, “Fallos” 313:863 [1990]), en el que el máximo tribunal reconoció la posibilidad de avocarse directamente al conocimiento de un asunto, sin que el mismo hubiera sido resuelto aún por el “superior tribunal de la causa” (allí: la Cámara Federal de Apelaciones), por razones de “gravedad institucional”. Se trata de una modalidad ajena al concilio de voluntades que caracteriza al instituto en Italia.

³²⁸ El *regolamento di competenza* es un medio de impugnación de las decisiones adoptadas sobre competencia, incluyendo las que se susciten a consecuencia de la litispendencia o conexidad de dos asuntos en trámite ante diversos órganos jurisdiccionales, conf. arts. 40 y 41, CPC italiano (v. GIUSSANI, Andrea, nota a los arts. 31-50 *quater* en CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, CEDAM, 6° ed., 2009, esp. pp. 154-166). En ciertas hipótesis, dicho remedio es “necesario” (esto sucede cuando la resolución respectiva sólo se pronuncia sobre la competencia, sin adentrarse en el mérito de la litis) y en otras es meramente “facultativo” (cuando al expedirse sobre la competencia también lo hace sobre el fondo del asunto). En tales términos, en el primer caso sólo se puede atacar la providencia respectiva por vía del ‘*regolamento*’, mientras que en el segundo, tal vía de embate puede ser suplantada por la interposición del recurso idóneo para la revisión del mérito del asunto. Es en este último caso en el que entra en juego la disposición del art. 360, inc. 2, CPC italiano, al que se hace referencia en el texto.

³²⁹ La posibilidad de controlar en casación la interpretación de contratos y acuerdos colectivos de trabajo de derecho común fue introducida por la reforma el CPC del año 2006 (decreto legislativo 40/06), momento hasta el cual existía en este ámbito una jurisprudencia consolidada en el sentido de que sólo podía revisarse a su respecto la interpretación de las cláusulas de conformidad con las reglas generales de hermenéutica

- por nulidad de la sentencia o del procedimiento [inc. 4];
- por omisión, insuficiencia o contradicción en la motivación acerca de un hecho decisivo para el juicio [inc. 5].

Se trata así de un medio de impugnación que, siguiendo la sistematización adoptada en nuestro medio, puede ser calificado como un “recurso extraordinario”, dado que posee causales taxativas de procedencia y se ciñe fundamentalmente al análisis de cuestiones de derecho³³⁰.

contractual (v. SILVESTRI, Elisabetta, ob. cit., p. 1232; ROTA, Fabio, “Contratti collettivi in Cassazione, tra nomofilachia e ‘autosufficienza del ricorso’”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, 12 de diciembre de 2007, pp. 1373-1380).

El debate está vigente en nuestro país, especialmente en los tribunales de casación locales, que –como es sabido– tienen la última palabra respecto de la interpretación del derecho común. Así, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, se ha debatido la posibilidad de englobar el apartamiento de los convenios colectivos (que valen para las partes como la ley misma y que, al igual que ésta –y a diferencia de los contratos civiles *lato sensu*–, tienen alcances generales y abstractos), como una hipótesis de infracción a la ley. Reiteradamente el alto cuerpo bonaerense ha sostenido que la materia resulta ajena a su competencia casatoria, por tratarse en definitiva de la determinación del sentido de un contrato, tarea que tradicionalmente ha sido valorada como una cuestión fáctica: “Como los convenios colectivos no constituyen ley en sentido formal, sino un contrato, su aplicación e interpretación es cuestión circunstancial propia de la instancia ordinaria y ajena a la casación, salvo el caso excepcional de arbitrariedad o absurdo” (conf. SCBA, causas L. 33.669, “Baigorria”, sent. del 11-IX-1984; L. 37.709, “Carnero”, sent. del 2-VI-1987; L. 81.159, “Caruso”, sent. del 27-I-2002; L. 82.300, “Maller”, sent. del 19-VII-2006; L. 93.823, “Lencina”, sent. del 24-II-2010, etc.).

³³⁰ V. HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos ordinarios ...*, ob. cit., 2º ed. pp. 68-70; PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., t. V, § 524, pp. 34-35; FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. VIII, p. 48.

No obstante la calificación adoptada en el texto, cabe destacar que en Italia se considera al recurso de casación como un recurso “ordinario” (v. SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 360 del CPC, en: CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Comentario ... ob. cit.*, p. 1225; COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado – TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, El Mulino, Bologna, 4º ed., 2006, vol. I, p. 596-597). Sin embargo, tal encuadre responde a otra *ratio* de distinción entre los medios de impugnación: la expresión “recursos extraordinarios” se reserva en Italia para los medios de impugnación que se dirigen contra una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (es decir, que no son ya susceptibles de recursos “ordinarios” –apelación, casación, etc.–), como, por ejemplo, la mayoría de las hipótesis de ‘*revocazione*’ del art. 395, inc. 1, 2, 3 y 6 del CPC It. (dolo de las partes o del juez, falsedad de los elementos de prueba en los que se basó el decisorio, aparición de un documento decisivo desconocido por razones de fuerza mayor u ocultamiento del adversario, sentencia contradictoria de otra pasada en autoridad de cosa juzgada). Ello así, por más que, en ocasiones, resabios históricos lleven a los operadores a tratar a la casación como una ‘*cosi detta*’ impugnación “extraordinaria” (v. la expresión aludida “*c.d. ricorso straordinario*” en COMOGLIO - FERRI – TARUFFO, *Lezioni ...*, ob. cit., p. 661; SILVESTRI, Elisabetta, *ibid.*, p. 1227).

Independientemente de esta diferencia de denominación, lo que debe quedar claro es que el recurso de casación presenta las cualidades que en nuestro ámbito definen la presencia de un recurso extraordinario, es decir, que sólo pueden plantearse en casación cuestiones de derecho y que el medio de embate aludido posee un elenco taxativo de motivos de andamiaje, por lo que no sirve para remediar genéricamente cualquier injusticia de la decisión (en la terminología italiana, se trata de un recurso “a crítica vinculada”, conf. COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado – TARUFFO, Michele, *Lezioni ...*, cit., p. 595-596).

³³¹ Por ejemplo, el art. 278, CPC de la provincia de Buenos Aires, que considera “sentencia definitiva” a los efectos del recurso extraordinario a toda decisión que, aunque verse sobre un aspecto incidental, “ponga fin a la litis e impida su continuación”). También el Código General del Proceso de Uruguay, que se refiere a las “sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de tales” (art. 268). En los Estados Unidos, por su parte, el requisito de la definitividad (*finality rule*), ha dado lugar a una compleja construcción que hemos analizado más arriba (v. *supra*, par. II, ap. 2.2.b)).

Apuntaremos a continuación algunas líneas directrices relativas al *tipo de providencias revisables* por vía del recurso analizado, así como a los *motivos* que permiten su articulación.

b) Respecto de las *resoluciones susceptibles de este medio de embate*, rige en Italia una construcción equiparable al concepto de sentencia “definitiva” vigente en nuestro medio.

El CPC italiano carece de una definición del tipo de “sentencia” susceptible de ser impugnada en casación, a diferencia de lo que, en diversa escala, pueden encontrarse en otros ordenamientos adjetivos³³¹. Sin embargo, la ausencia de una conceptualización expresa de este recaudo en la legislación, no ha obstado a que la jurisprudencia de la Corte de Casación haya precisado el tipo de fallos susceptibles de ser impugnadas por este medio.

En efecto, refiriéndose el art. 111 de la Constitución italiana a la posibilidad de recurrir en Casación toda “sentencia”, dicha expresión podía ser interpretada en un sentido restrictivo (considerando que sólo cumpliría tal condición el pronunciamiento adoptado con dicha forma, conf. arts. 131 y 132 del CPC italiano) o con un alcance más amplio (incluyendo cualquier decisión, por más que haya adoptado la forma de “decreto” u “ordenanza” –conf. art. 131, cit. del ordenamiento citado- que por su contenido sea equiparable a una sentencia en sentido sustancial³³²).

Esta segunda tesis (amplia) fue adoptada desde hace décadas por la Corte de Casación. Así, en un pronunciamiento calificado de “histórico”³³³ (sent. n° 53 [1953]), el alto cuerpo se encargó de precisar que pueden ser materia de este medio de embate las decisiones que, aun adoptadas bajo la forma de “decreto” u “ordenanza” (equiparables en líneas generales a las que, en nuestro medio, serían las providencias simples e interlocutorias), presenten dos caracteres específicos: i) la “decisoriedad”

³³¹ Por ejemplo, el art. 278, CPC de la provincia de Buenos Aires, que considera “sentencia definitiva” a los efectos del recurso extraordinario a toda decisión que, aunque verse sobre un aspecto incidental, “ponga fin a la litis e impida su continuación”. También el Código General del Proceso de Uruguay, que se refiere a las “sentencias definitivas o interlocutorias con fuerza de tales” (art. 268). En los Estados Unidos, por su parte, el requisito de la definitividad (*finality rule*), ha dado lugar a una compleja construcción que hemos analizado más arriba (v. *supra*, par. II, ap. 2.2.b).

³³² V. COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado - TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., v. I, p. 661-662; PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale*, ob. cit. pp. 510-511; LUISO, Francesco, *Diritto Processuale Civile*, Giuffrè, Milano, 5° ed., 2009, vol. II, pp. 411-412.

³³³ El adjetivo corresponde a SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 360 del CPC, en: CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, CEDAM, 6° ed., 2009, p. 360.

(*decisorietà*), esto es, la idoneidad del pronunciamiento para producir efectos de derecho sustancial (quedan excluidas, por ejemplo, las resoluciones que sólo se pronuncian sobre situaciones subjetivas derivadas del ordenamiento procesal o del derecho de acción); ii) la “definitividad” (*definitività*), equivalente a la ausencia de remedios que autoricen al reexamen o modificación del proveimiento³³⁴.

c) En cuanto al elenco de *motivos que habilitan la deducción del recurso*, se destacan claramente cuatro grupos fundamentales que guardan perfiles en cierta medida diversos.

En primer lugar, la definición de *decisiones sobre jurisdicción y competencia* (art. 360, incisos 1 y 2, CPC italiano). Al igual que en otros países (como ocurre en la Argentina con la cortes supremas), la ubicación de la Corte de Casación en el vértice del Poder Judicial la posiciona en un lugar preferencial para resolver los conflictos de poder suscitados entre los órganos jurisdiccionales. En Italia, el sistema de pluralidad de jurisdicciones (al que ya hemos hecho referencia, v. *supra*, ap. 2.1), desintegra parcialmente la función nomofiláctica típica de la Casación, asignándole dicho rol supremo respecto de ciertas materias a otros órganos (como por ejemplo, el Consejo de Estado, cabeza de la jurisdicción administrativa). Sin embargo, pese a dicha atenuación del poder de interpretar en última instancia ciertos campos del derecho, la Corte de Casación se transforma (a través de la primera de las causales establecidas en el art. 360 del CPC) en el juez final de los desbordes de jurisdicción que tengan lugar en la justicia ordinaria o en las jurisdicciones especiales, sea porque se desconozcan recíprocamente o porque, por ejemplo, no reconozcan la jurisdicción soberana de otro país³³⁵. Mediante el inciso 2), por su parte, se revisan las decisiones sobre competencia que no hayan tenido un trámite diverso.

Mayor relevancia tiene la causal prevista en el art. 360 inciso 3) del CPC italiano, esto es, la denuncia de *violación o falsa aplicación de normas de derecho*³³⁶, que –como es

³³⁴ V. SILVESTRI, Elisabetta, *ob. cit.*, pp. 1227-1228; COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado - TARUFFO, Michele, *Lezioni sul proceso civile*, *ob. cit.*, pp. 661-662; PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di Diritto Processuale*, *ob. cit.*, p. 510.

³³⁵ V. PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni ...*, *ob. cit.*, p. 512-514; SILVESTRI, Elisabetta, *ob. cit.*, p. 1230.

³³⁶ Al igual que en nuestro medio, se ha advertido en Italia la intercambiabilidad de las expresiones “violación” y “falsa aplicación” de la ley, considerándose que si bien puede distinguirse la hipótesis de selección incorrecta de la norma aplicable al caso (violación), de la interpretación inadecuada de la disposición bien escogida (“falsa aplicación”), ambas hipótesis responden a un fenómeno unívoco (v. SILVESTRI, *ob. cit.*, p. 1231; en nuestro país, v. HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, *ob. cit.*, § 64-66, pp. 266-281 y § 190, pp. 617-618, sosteniendo la posibilidad de englobar la totalidad de las expresiones tradicionales contenidas dentro de los ordenamientos adjetivos comparados, dentro del concepto de “infracción” de la ley).

sabido- funciona como el resorte principal de la función nomofiláctica de cualquier tribunal de casación. En efecto, a través de este dispositivo se asegura la viabilidad de este medio de impugnación para la *revisión de cualquier aspecto de legitimidad de la decisión* que no esté comprendido en otras previsiones (como ocurre –por ejemplo- con los errores *in procedendo* [inc. 4] o los defectos de motivación [inc. 5]).

Es de señalar, en este punto, que no resulta ajena a la problemática de la casación en Italia la tradicional discusión relativa a la posibilidad de escindir claramente las cuestiones “de hecho” de las “de derecho” como parámetro para delimitar la competencia de la Corte Suprema. Tampoco ha quedado exenta de debate la ubicación que, en dicho contexto, tendría la tarea de revisión de la correcta aplicación que, en cada caso, los órganos de grado concreten respecto de conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas generales (vg., si una persona ha obrado de “buena fe” en la celebración y ejecución de un contrato, si las injurias proferidas entre cónyuges o las causales invocadas para despedir a un trabajador fueron “graves”, etc.), tema en el que no resulta propicio penetrar en esta oportunidad³³⁷.

El tercer tipo de vicios susceptibles de reexamen por este medio, surge de la causal contemplada en el inciso cuarto del precepto aludido, es decir, la nulidad de la sentencia o del procedimiento, típico exponente de la *casación por quebrantamiento de formas*. El régimen contempla la posibilidad de atacar por esta vía tanto los *errores de*

Buscando precisar los supuestos en los que se presentaría la infracción normativa aludida en el texto, se ha considerado que tal motivo puede ser invocado principalmente frente a: i) la errónea individualización de la norma aplicable a los hechos relevantes del caso; ii) la errónea interpretación de la norma; iii) la errónea calificación jurídica de los hechos relevantes del caso (el llamado error de subsunción); iv) la errónea determinación de las consecuencias jurídicas referibles al caso concreto (v. TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo* ..., ob. cit., pp. 168-169; COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado – TARUFFO, Michele, *Lezioni* ..., ob. cit., p. 656-657).

³³⁷ Un análisis pormenorizado de esta cuestión desbordaría los alcances del capítulo en curso. Remitimos, para un estudio amplio de la jurisprudencia italiana relativa al ámbito de revisión de la Corte de Casación respecto del tipo de conceptos jurídicos aludido en el texto, a FABIANI, Ernesto, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Utet, Torino, 2003, *pássim*; *id.*, “Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell'ordinamento” en *Foro italiano*, 1999-I, pp. 3558-3569 (Nota a la sentencia de la Corte de Casación, sección laboral, del 13 de abril de 1999, n. 3645, “Russo c. Banco Sicilia”, en la que se sentó expresamente la doctrina según la cual la tarea de subsumir los hechos probados de la causa en normas elásticas o de textura abierta constituye una tarea interpretativa, de derecho, propia de la labor de dicho alto tribunal, que al revisar los principios del ordenamiento y los estándares valorativos extraídos por los jueces de grado de la realidad social, contribuye a la creación del derecho viviente); *id.*, “Il sindacato della corte di cassazione sulle clausole generali”, en *Rivista di Diritto Civile*, 2004, pp. 581-620 (comentando decisiones posteriores de la Corte de Casación en la materia). También puede acudir sobre el tema a LUISO, Francesco, *Diritto Processuale Civile*, ob. cit., pp. 425-430; BOVE, Mauro, *Il sindacato della corte di cassazione: contenuto e limiti*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1-124. Volveremos sobre este aspecto de la discusión sobre la distinción entre entre cuestiones de hecho y de derecho, cuando nos aboquemos al estudio del impacto del “certiorari” en la casación local (v. capítulo sexto, par. V, ap. 2.2).

actividad (*in procedendo*) de la sentencia misma, como del procedimiento anterior a su dictado, en la medida que tengan como efecto la invalidación³³⁸. En cuanto a la primera alternativa, se entiende allí incluida la totalidad de los defectos formales del pronunciamiento, como – por ejemplo- aquellos referidos a la violación del principio de congruencia, sea que dicho defecto se produzca por omisión (*citra petita*), por exceso (*ultra petita*) o por el otorgamiento de una especie diversa a la pretendida (*extra petita*)³³⁹. En cuanto a la segunda variante, es de aclarar que –a diferencia de lo que, por regla, ocurre en nuestro medio- resulta viable revisar en casación los vicios anteriores a la sentencia misma, pero sólo en la medida en que los mismos no hayan quedado consentidos por aplicación de la regla de subsanación prevista en el art. 157 del CPC italiano³⁴⁰.

Finalmente, una variante de amplio desarrollo en la práctica es la *casación por defectos de motivación de la sentencia*. Se trata de una causal presente en otros ordenamientos comparados, que *permite revisar no ya la decisión adoptada* por el juez (sea en cuanto a la determinación de los hechos litigiosos o a la adecuada interpretación del marco normativo aplicable en la especie), *sino al modo en que dicha solución vino justificada* en la sentencia.

Sabido es que la posibilidad de escindir el control de la “decisión” del de la “motivación” no es pacífica³⁴¹ y que tal incertidumbre produce efectos concretos en

³³⁸ Señala LUISO en tal sentido que el art. 360, inc. 4 del CPCC, “se refiere a la ‘nulidad de la sentencia o del procedimiento’, y no a la ‘violación o falsa aplicación de normas procesales’ [por lo que] lo relevante no es el error que el juez de mérito haya cometido al interpretar y aplicar las normas procesales, sino directa e inmediatamente que se trate de una nulidad de la sentencia”. Agrega el autor, apoyado en la autonomía del inciso respecto del relativo a la “violación de las normas de derecho”, que el inciso ahora estudiado permitiría a la Corte invalidar el decisorio atacado “sea por razones de derecho o por razones de hecho” (v. LUISO, Francesco, *Diritto Processuale Civile*, ob. cit., 5° ed., vol. II, pp. 418-420).

³³⁹ V. SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 360 del CPC, en: CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Commentario* ..., ob. cit., pp. 1232-1233.

³⁴⁰ La norma citada impide –por regla- la declaración de oficio de la nulidad y considera saneada la irregularidad si en el primer acto de instancia o defensa posterior al vicio o a su conocimiento, no se articula el pedido de invalidación

³⁴¹ V. TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, ob. cit., pp. 180-181 y 191-200, aportando convincentes razones que permiten mantener la distinción entre razonamiento decisorio y argumentación justificativa (motivación), como un deslinde conceptualmente válido y, además, útil en el ámbito de la casación. En tal sentido, el autor considera que el control de motivación que se desarrolla en casación es propio de las funciones que caracterizan a este instituto, ya que la inspección respectiva no recae sobre la valoración de las pruebas ni permite revisar el juicio de hecho, sino que aborda el modo en que dicha estimación de los elementos de juicio fue justificada en la sentencia. Por lo que sería lógicamente admisible pensar en una decisión bien adoptada (vg., de acuerdo a una adecuada valoración de los medios de prueba aportados y desarrollando un ejercicio preciso de la labor inferencial), pero ulteriormente mal justificada. Aun cuando la motivación no se reduzca a una mera “rendición de cuentas” de la decisión, lo cierto es que se desarrolla en un contexto diverso: mientras la decisión puede ser correlacionada con el tradicional contexto epistemológico “de descubrimiento”, la motivación se desenvuelve dentro de los parámetros del contexto “de

esta variante casacional³⁴². En efecto, como el deslinde entre ambos momentos del acto sentencial es difícil de concretar, frecuentemente se utiliza a este motivo de casación como la oportunidad para revisar, no ya la argumentación utilizada por el juez para justificar el ‘*accertamento*’ de los hechos, sino directamente para reexaminar el juicio adoptado a su respecto (vg., valoración de la prueba, selección de los indicios justificativos del razonamiento presuncional, etc.)³⁴³. Dicho fenómeno (confusión entre control de motivación y control de los hechos en casación) es el que ha transformado a esta causal en un resorte ciertamente controvertido, debido al desborde de planteos que

justificación” (analogía desarrollada por TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975, pássim (esp. pp. 213 y ss.).

³⁴² Señala LUISO, luego de destacar el carácter controvertido de esta causal, que “si tuviéramos que encontrar una constante en el control de la motivación de parte de la Corte de Casación, la reconstruiríamos en el hecho que, en sustancia, la Corte hace lo que quiere, decidiendo ella misma la amplitud y la profundidad del control sobre la motivación de los proveimientos impugnados” (LUISO, Francesco, *Diritto Processuale Civile*, ob. cit., p. 420).

³⁴³ V. TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo...*, ob. cit., p. 199, destacando “la evidente tendencia a utilizar la motivación como medio para controlar el mérito de la decisión, antes que extraer de ella [el] conjunto de argumentos justificativos que deben ser controlados como tales, es decir, *ex post* y sin poner en discusión el fundamento interno (= procedimiento formativo) de la decisión” y enfatizando que el efecto principal de ello es “que, frente al juicio de hecho, el control de la Corte de Casación tiende a transformarse en un reexamen de la reconstrucción de los hechos y de la valoración de las pruebas”.

A título comparativo, es relevante señalar que *el modo en que se aborda en Italia el control “de la motivación del juez respecto de los hechos”, no debe ser confundido con el reconocimiento de un instrumento de apertura “excepcional” de la casación para el reexamen de los aspectos fácticos de la decisión*, al estilo de lo que ocurre en Argentina con las conocidas doctrinas de la “*arbitrariedad*” (en el ámbito del recurso extraordinario federal) y del “*absurdo*” (en el del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la Provincia de Buenos Aires). Estas construcciones pretorianas, que –como es sabido– han también ocasionado una significativa expansión de los alcances de dichos medios de impugnación, *no se basan exclusivamente en la admisión de un control de motivación* (es decir, la revisión del razonamiento exteriorizado por el órgano de grado en la sentencia para fundar el juicio de hecho), sino que *lisa y llanamente autorizan a las Cortes a avanzar sobre la valoración misma de las pruebas y la determinación de los presupuestos fácticos de la litis*. Siempre, claro está, *sobre la base de la “intensidad” del yerro* cometido por la judicatura inferior, ya que sólo frente a errores serios, ostensibles, etc., podría excepcionalmente acudir a esta doctrina.

Conceptualmente, la diferencia es relevante: en el sistema italiano se contempla al *control de la motivación* como una *variante más de inspección nomofiláctica*, es decir, del respeto del juez de la exigencia legal y constitucional de justificar adecuadamente su decisión. Ello no importa conceder a la Corte Suprema la función de revisar si la valoración de la prueba ha sido adecuada, por más que se trate de un yerro profundo, en la medida en que la motivación sea lógicamente aceptable (es decir: exista como tal, no sea contradictoria, etc.) [v. en general sobre el control de la motivación en la casación italiana, TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, ob. cit., pp. 471-599; *id.*, *El vértice ambiguo ...*, pp. 191-219]. En nuestro ámbito, por más que se asocie la noción de “arbitrariedad” o “absurdo” a la garantía del debido proceso, lo cierto es que la inspección que se permiten los Superiores Tribunales a partir de tales doctrinas va más allá de la motivación, dado que, por aplicación de ellas, cada Corte se considera autorizada a penetrar no sólo en dicha labor de justificación, sino en el acierto mismo del juicio del *a quo*. El hecho de que tales creaciones jurisprudenciales se limiten a hipótesis “evidentes” no modifica el núcleo de la distinción: en definitiva, en nuestro medio el contralor en casación respecto del juicio de hecho, puede recaer sobre la *tarea axiológica del juez* y no sólo sobre la *fase de justificación* (de ahí que, por ejemplo, en la casación bonaerense se distinguan tradicionalmente dos hipótesis de “absurdo”: el “material”, principalmente orientado al primero de los aspectos aludidos; y el “formal”, concentrado especialmente en el segundo de ellos; v. SCBA, P. 66.305, sent. del 29-X-2003; Ac. 88.196, “Almafuerte”, sent. del 30-III-2005; C. 103.219, sent. del 2-VII-2010; C. 107.359, sent. del 25-VIII-2010, etc.; v. asimismo, para la distinción entre dichas categorías de absurdo, HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., 2º ed., pp. 456-459; MORELLO, Augusto, *La casación. Un modelo intermedio ...*, ob. cit., p. 348-352).

se formulan ante la casación con sustento en la aludida previsión, procurando subrepticamente inspeccionar la valoración de la prueba formulada por los tribunales inferiores, bajo el ropaje de una crítica a la justificación adoptada en la sentencia³⁴⁴. De hecho, han existido propuestas de reforma, al día de la fecha no concretadas, para eliminar los vicios de motivación (omisión, insuficiencia, contradicción de la misma) del elenco de motivos que tornan procedente al recurso de casación³⁴⁵.

2.3) Técnica recursiva

Al igual que lo que ocurre en nuestro país, el recurso de casación posee en Italia una técnica específica, rigurosamente exigida por el cimero cuerpo jurisdiccional.

Se reclama en tal sentido, por un lado, que la fundamentación de la queja sea autosuficiente³⁴⁶ y, por el otro, que la indicación del motivo por el que se deduce sea específico (*specificità*), completo (*completezza*) y se refiera concretamente a la sentencia atacada (*referibilità alla decisione*), de modo de permitir a la Corte una inmediata percepción del vicio denunciado³⁴⁷.

El art. 366 del CPC It. dispone específicamente algunos de los elementos que debe contener la fundamentación del recurso para cumplir con dichas condiciones, so pena de inadmisibilidad, entre los que se destacan: la exposición sumaria de los hechos

³⁴⁴ La confusión entre “decisión” y “motivación” no trae tantos problemas prácticos en el ámbito de la casación, cuando dichos momentos se aplican al *juicio de derecho*. En tal caso, si bien sería posible distinguir entre la decisión adoptada respecto del marco normativo aplicable y la motivación de la elección interpretativa del judicante (v. TARUFFO, Michele, *La motivazione* ..., ob. cit., p. 509-510), el litigante agraviado tiene menos inconvenientes en someter su caso ante la casación acudiendo a la causal establecida en el art. 360 inc. 3) del CPC, es decir, denunciando de errónea aplicación o falsa aplicación de la norma respectiva.

Es por ello que, en el texto, se alude al control *de los hechos* como el ámbito principal en el que se hacen presentes los problemas que suscita la utilización promiscua del control de la “decisión” y de la “motivación”. Como en este campo no existe una causal que autorice el reexamen de la prueba y el juicio de hecho está tradicionalmente excluido de la casación, al recurrente insatisfecho sólo le queda “forzar” el motivo ahora examinado (art. 360, inc. 5] del CPC italiano) para procurar subsanar su agravio. Ello no quiere decir, claro está, que el control de la motivación en la casación italiana se limite exclusivamente al discurso justificativo sobre la determinación de los hechos, ya que –reiteramos– también sería posible denunciar dicho vicio respecto de la solución normativa aplicable al caso (v. TARUFFO, Michele, *La motivazione* ..., ob. cit., pp. 501-507; *El vértice ambiguo* ..., ob. cit. pp. 205-207)

³⁴⁵ En 1977 el proyecto de LIEBMAN y en 1981 otro proyecto de reformas del CPC postulaban la supresión de esta causa, con sustento en la necesidad de que la Corte retorne a su rol institucional de control de legitimidad. Contra dichas propuestas, sosteniendo la conveniencia de mantener el control de motivación dentro el ámbito de la casación aunque respetando sus verdaderos confines: v. TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo*..., ob. cit., 212-219.

³⁴⁶ V. ARCA DI, Antonella, “El C.D. «Principio di autosufficienza del ricorso» nella giurisprudenza della Corte di Cassazione”, en *Giustizia civile*, Giuffrè, Milano, 2009, fasc. 9, p. 347 y ss.

³⁴⁷ V. SILVESTRI, Elisabetta, *ob. cit.* pp. 1225-1226.

de la causa y los motivos por los cuales se pretende la anulación del fallo, con indicación precisa de la norma, de los actos y documentos en que se sustenta la crítica.

En particular, luego de la reforma del decreto legislativo 40/2006, el recurso debía finalizar con la exposición de la “cuestión de derecho” (*quesito di diritto*) aplicable al caso (art. 366 bis, CPC It.). La modificación buscaba clarificar el discurso del recurrente, forzándolo –bajo sanción de inadmisibilidad- a precisar concretamente la interpretación normativa postulada en su presentación a través de la formulación de dicha máxima de cierre³⁴⁸. Sin embargo, la última reforma del año 2009 dio marcha atrás con tal innovación, al derogar el citado art. 366 bis, buscando así simplificar la técnica recursiva a la luz de las dificultades que había suscitado la interpretación de la norma. De todos modos, siguen rigiendo las exigencias generales antes aludidas respecto de la idoneidad de la argumentación contenida en la impugnación³⁴⁹.

2.4) Procedimiento

a) El trámite ante la Casación tiene inicio con la presentación del recurso que debe ser directamente notificado a la contraparte, en el plazo de sesenta días desde el anoticiamiento de la sentencia atacada (art. 325, CPC It.). Dentro de los veinte días de la notificación a la contraria, la pieza impugnativa debe ser “depositada” ante la

³⁴⁸ La falta de claridad del discurso forense es un fenómeno que extendido en diversas latitudes y que, particularmente en casación, produce nocivos efectos respecto de la eficiencia con la que se procesan los recursos, ya que consume ingentes esfuerzos de los operadores de la máxima instancia jurisdiccional, al verse forzados a “decodificar” la imprecisión técnica de la presentación examinada.

En lo concerniente a la experiencia italiana, CARPI considera a este fenómeno como uno de los problemas más serios de la praxis de la casación, bregando por una mejora en la calidad técnica de los profesionales autorizados a litigar en esta sede, como un elemento que permitiría aligerar el peso del alto cuerpo (CARPI, Federico, “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la Reforma de 2006. Análisis comparado”, en VVAA [OTEIZA, Eduardo: coord.], *Reforma Procesal Civil*, Rubinzal Culzoni, 2010, pp. 26-27).

³⁴⁹ Si bien importante doctrina había considerado oportuna la novedad introducida en 2006, en el sentido de exigir la indicación del “principio de derecho” al cerrar el discurso impugnativo (v. TARUFFO, Michele, “Una reforma alla Cassazione civile?”, ob. cit., p. 765; COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado - TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., p. 663), la derogación posterior, luego de las discusiones que suscitara los alcances de la norma, ha sido también aceptada (v. TARUFFO, Michele, “Le ultime riforme della giustizia civile”, en VVAA [Dir.: TARUFFO, Michele], *Il processo civile riformato*, Zanichelli Ed., Bologna, 2010, esp. p. 4; CARPI, Federico, “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana ...”, cit., p. 19, expresando que la carga técnica exigida era una “pesadilla para el abogado”).

Un halo “político” (composición de los intereses en juego) ha sido también señalado como una posible explicación de la supresión del art. 366 bis. La hipótesis consiste en advertir que, a cambio de la introducción del “filtro” –al que luego haremos referencia-, la misma ley n° 69 del año 2009 derogó una carga que exigía al profesional una técnica especial y que podía ser utilizada como un resorte formalista por parte de la Corte para aliviar su carga de trabajo. Por lo que –según esta opinión- se habría buscado compensar la insatisfacción forense por el nuevo “filtro”, con la supresión del criticado tecnicismo de la enunciación de la máxima de derecho (v. BRIGUGLIO, Antonio, “Ecco il filtro! [L’ultima riforma del giudizio di Cassazione]”, en *Rivista di Diritto Processuale*, n° 5, 2009, p. 1279).

Secretaría (*Cancellaria*) de la Corte de Casación, con la adjunción de las copias pertinentes (vg., de la sentencia impugnada, de la notificación de la misma y demás documentos relevantes de los que depende la suerte del embate)³⁵⁰. Vencido el término de marras o ausentes las copias respectivas, la presentación será considerada formalmente improcedente (la categoría utilizada es la de la “*improcedibilità*”, distinguida por la doctrina italiana de la “inadmisibilidad” propiamente dicha).

Dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del plazo para el depósito del embate principal, la parte recurrida tiene la posibilidad de deducir un “contra-recurso” (*controricorso*), escrito defensivo que también será directamente notificado a la contraria y acompañado ante la Corte a los veinte días siguientes de dicha comunicación. La presentación aludida tiene, en lo pertinente, las mismas exigencias previstas para el recurrente, debiéndose esgrimir allí las razones por las cuales considera que el embate deducido en su contra debe ser desestimado. Asimismo, la parte recurrida puede presentar un “recurso incidental”, que procede: i) cuando la parte contra la cual el embate principal fue propuesto, siendo parcialmente perdedora en el juicio de mérito, impugna a su vez la sentencia; ii) cuando la parte notificada de la promoción del recurso en su contra, procura la adecuada integración de la litis (conf. art. 331 y 332, CPC italiano); iii) cuando la parte recurrida resultó sustancialmente vencedora en la instancia anterior, aunque alguna cuestión prejudicial le fue desestimada, caso en el cual puede solicitar, a través del llamado “recurso incidental condicionado”, que en caso de que el embate de la contraria sea acogido, sean revisadas aquellas defensas previas en las que había resultado perdedora³⁵¹.

³⁵⁰ De lo expuesto puede apreciarse que en el trámite diseñado en Italia, la fase inicial del recurso está invertida respecto de lo que ocurre en nuestro país, ya que primero se notifica a la contraria y luego se deposita ante el *ad quem* (v. LUISO, Francesco, *Diritto Processuale Civile*, ob. cit., p. 435).

³⁵¹ Como puede verse, se trata de una hipótesis similar a la que en nuestra doctrina y jurisprudencia se ha dado en llamar la “apelación adhesiva” o “implícita”, que rige en todas las instancias recursivas (ordinarias y extraordinarias) e impone al tribunal *ad quem* el tratamiento de las defensas no llevadas al superior por la parte victoriosa (debido a la ausencia de interés para recurrir), pero cuya trascendencia se reedita en el momento en que el recurso de la contraria es acogido. Tal deber del órgano superior ha sido subrayado en reiteradas oportunidades por los más altos tribunales del país. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha impuesto reiteradamente el abordaje de las articulaciones o defensas llevadas ante las instancias de grado, que no pudieron ser traídas a esa sede en atención al carácter victorioso de la parte (conf. Ac. 91.817, sent. del 19-IX-2007; C. 93.807, sent. del 2-IX-2009, etc.); o, en otras palabras: en la resolución del recurso de inaplicabilidad de ley se debe tener en cuenta lo alegado por la parte ausente en su tramitación porque la sentencia le fue favorable (conf. Ac. 32.560, sent. del 26-II-1985; Ac. 63.359, sent. del 10-III-1998; Ac. 70.779, sent. del 3-V-2000; C. 96.382, sent. del 18-XI-2008; C. 99.209, sent. del 25-II-2009, entre otras; en similar sentido, v. CSJN, “Fallos” 303:852).

Es de señalar que *no cualquier abogado puede actuar ante la Corte de Casación* (sea representando al recurrente o a la contraparte), sino sólo los profesionales inscriptos en el “Registro Especial de abogados admitidos al patrocinio ante la Corte de Casación y otras Jurisdicciones Superiores” (*‘Albo Speciale degli avvocati ammessi al patrocinio dinanzi alla Corte di Cassazione ed alle Altre Giurisdizioni Superiori’*) llevado por el *Consiglio nazionale forense* (organismo institucional de representación de la abogacía italiana)³⁵².

Otro aspecto a tener en cuenta, antes de seguir adelante con la síntesis del trámite en casación, es que *el recurso analizado carece de efecto suspensivo*, por lo que es posible exigir el cumplimiento de la sentencia atacada durante el desarrollo de la instancia superior. Sin embargo, el quejoso puede enervar dicha ejecutoriedad o, en su defecto, requerir de la contraparte caución suficiente, de acuerdo con lo normado en el art. 373 del CPC It., en caso de que la exigibilidad inmediata de la condena le ocasione un daño grave e irreparable. Dicha incidencia debe articularse ante el órgano que dictó el pronunciamiento en crisis, cuya decisión será irrecurrible.

Retomando el *iter* procedimental del embate examinado, una vez introducidas las postulaciones centrales de las partes, el Secretario eleva el recurso al Presidente de la Corte. A partir de allí, la prosecución del trámite se distinguirá según la materia debatida, previéndose a tal efecto dos alternativas fundamentales: el procedimiento ante la *Camera di Consiglio* y el trámite “ordinario”.

Nótese de todos modos que el instituto tiene un perfil parcialmente diverso en Italia, ya que de conformidad con lo señalado en el texto, la parte recurrida debe plantear expresamente la reserva respectiva a través del “recurso incidental condicionado”, que será tratado por la Corte en caso de que prospere el embate principal. De todos modos, debe advertirse que la *necesidad* de promover este planteo sólo rige para las cuestiones prejudiciales que el inferior hubiera decidido expresamente en la sentencia contra sus intereses, antes de otorgarle la razón sobre el fondo del asunto. Por el contrario, los temas no resueltos explícitamente sino “desplazados” por el razonamiento sentencial (*‘soccumbenza teorica’*), no necesitan ser articulados por esta vía y pueden ser incluso reeditadas en el juicio de reenvío ulterior al acogimiento del remedio principal (v. COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado - TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., p. 665; LUISO, Francesco, *Diritto Processuale Civile*, ob. cit., pp. 428-432; PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni ...*, ob. cit., 528-529 – con la sola diferencia terminológica que el último de los autores citados denomina ‘*soccumbenza teorica*’ a la hipótesis en la que la sentencia abordó expresamente la cuestión previa, es decir, la primera de las alternativas señaladas previamente-; v. asimismo, un comentario de la doctrina actual de la Corte de Casación sobre el punto en IZZO, Silvia, “Sui limiti del ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali di rito”, en *Giurisprudenza italiana*, Diciembre 2009, pp. 2731-2735).

³⁵² El registro puede consultarse en línea, a través del sitio web del *Consiglio nazionale forense* (<http://www.consiglionazionaleforense.it>). Al mes de diciembre de 2010 contiene más de 47.000 letrados inscriptos. Sin embargo, CARPI señala que el número de profesionales que efectivamente actúan ante la máxima instancia jurisdiccional es menor a aquella elevada cifra, aunque aclara que el número de abogados ante la casación es una de las causas del “gigantismo del órgano, que lo aleja de sus funciones típicas” (v. CARPI, Federico, “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la Reforma de 2006 ...”, cit., esp. cap. V, pp. 26-27).

Cabe aclarar que, en la actualidad, luego de la reforma de 2009, se ha incorporado en esta fase la intervención de la llamada “Sección-filtro”, que analiza la casi totalidad de los recursos interpuestos, para verificar si se dan condiciones especiales que autorizan su desestimación liminar (conf. art. 360 bis, CPC It.), tema que desarrollaremos con más detenimiento *infra* (v. par. 4, esp. ap. 4.3] y 4.4]). Por ahora serán examinadas las dos alternativas fundamentales previstas en el citado ordenamiento adjetivo para procesar un caso ante la Casación, para abocarnos unificadamente al funcionamiento del denominado “filtro”.

b) La primera de las hipótesis aludidas (*pronuncia in Camera di Consiglio* o *rito camerale*), regulada en el art. 375 del CPC italiano, se caracteriza por la simplificación de los pasos que finalizarán con la sentencia definitiva del alto cuerpo, ya que culmina mediante una resolución interlocutoria (*ordinanza*) dictada sin necesidad de debate oral previo en audiencia. Originalmente se ideó esta variante para dar agilidad al tratamiento de impugnaciones que podían ser resueltas mediante la elucidación de *cuestiones de carácter procesal* (temas de competencia, declaración de inadmisibilidad del recurso por ausencia de los motivos previstos taxativamente para su andamiaje –art. 360, CPC It.–, necesidad de integrar adecuadamente la litis, declaración de extinción del recurso por desistimiento).

Sin embargo, las reformas de 2001³⁵³ y 2006³⁵⁴ han ampliado significativamente el campo de acción de este procedimiento especial, autorizando su utilización no ya para las hipótesis tradicionales de “inadmisibilidad”, sino también para los casos en los que el recurso sea “*manifestamente fundado o infundado*” o cuando carezca de los requisitos del art. 366 del CPC (es decir, esté defectuosamente elaborado). Puede advertirse entonces que, a través de estas innovaciones, el procedimiento en *Camera di Consiglio* está en condiciones de ser utilizado no ya para el juzgamiento de temas meramente procesales, sino también para la valoración de algunos aspectos de mérito³⁵⁵, con la particular atribución de decidir liminarmente el carácter “evidente” de la procedencia o improcedencia del embate al momento de escoger el tipo de trámite a seguir.

³⁵³ Ley n° 89 del 24 de marzo de 2001.

³⁵⁴ Decreto Legislativo n° 40 del 2 de febrero del 2006.

³⁵⁵ V. SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 375 del CPC en CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Commentario* ..., ob. cit., p. 1265; COMOGGIO, Luigi – FERRI, Corrado - TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., p. 666-667.

Como veremos, a partir de la reforma del 2009, algunos supuestos que encuadran en este motivo (“manifiesta infundabilidad”) habilitan el uso del “filtro”, ahora previsto en el art. 360 bis del CPC, instrumento que -de ser utilizado fecundamente-, podrá impedir el paso de la causa incluso por el trámite abreviado ante la *Camera di Consiglio*, v. *infra*, ap. 4.3]).

c) En caso de que el recurso no sea asignado a la *Camera di Consiglio*, el trámite seguirá su camino de conformidad con las reglas ordinarias establecidas en los arts. 375 a 379 del CPC italiano, siendo remitida a una de las “secciones simples” o a las “secciones unidas” según la calidad de la controversia de que se trate (es decir, según que se den o no las condiciones especiales que dan lugar a la convocatoria de las últimas, v. *supra*, ap. 2.1).

El eje alrededor del cual gira el procedimiento ordinario, es la *audiencia de debate*, en la que se produce la discusión oral de la causa en Casación. Esto no quiere decir que sea admisible en esta instancia la presentación de nuevas pruebas o la articulación de hechos no planteados en las instancias de origen. Por el contrario, dichas facetas del *ius novorum* están prohibidas, pudiéndose sólo presentar documentos destinados a demostrar la nulidad de la sentencia impugnada o relativos a la admisibilidad del medio de impugnación deducido (art. 372, CPC it.)³⁵⁶.

El Secretario debe notificar a las partes de la fecha de la celebración de la audiencia ante la sección que corresponda, al menos veinte días antes del acto. Dentro de los cinco días previos a la celebración de la audiencia, los litigantes pueden presentar una memoria por escrito. Una vez iniciado el acto, el Relator (designado por el Presidente de la Corte, si el trámite tiene lugar ante las “secciones unidas”; o por el Presidente de la “sección simple”, si se desarrolla ante ésta) hace una referencia a los hechos relevantes de la causa y, si no hay discusión de las partes, sintetiza las posiciones asumidas en el recurso y en el contra-recurso. Luego, los abogados de las partes pueden desarrollar sus respectivas defensas. Finalmente, el Ministerio Público, que siempre es parte del procedimiento ordinario ante la casación como custodio de la legalidad, expresa sus conclusiones sobre el asunto controvertido, sin que las partes puedan

³⁵⁶ V. SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 372 del CPC en CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Commentario* ..., ob. cit., pp. 1258-1259; COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado - TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., p. 668; PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni* ..., ob. cit. p. 530.

replicar tales argumentos en la audiencia (sólo pueden acompañar en el mismo acto breves observaciones por escrito).

2.5) *Sentencia y reenvío.*

Como fuera anticipado, la casación italiana fue diseñada sobre la base del modelo francés, que algunos estados pre-unitarios habían adoptado y que finalmente pasó a formar parte del esquema institucional posterior a la unificación del Reino (1861).

Fue así que, a la clásica característica del sistema galo por la que el tribunal cimero agota su competencia en la inspección del juicio de legitimidad (control de la correcta interpretación de la ley), se añadió el segundo rasgo central que caracterizó desde sus orígenes a este mecanismo de impugnación: el reenvío.

Hasta tiempos recientes se mantuvo en Italia la tajante escisión entre el *indicium rescindens*, a cargo de la Corte de Casación, y el *indicium rescissorium* (recomposición positiva de la litis), en cabeza del órgano al que se le reenvía la causa, una vez anulado el decisorio atacado, para resolver nuevamente sobre el mérito siguiendo la adecuada interpretación pregonada en la fase “rescindente”.

Con la reforma de la ley n° 353 de 1990, el rigor de dicha distinción ha cedido paso, reconociéndose la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, la Corte pueda expedirse sobre el mérito de la causa una vez anulada la decisión en crisis, es decir: sin reenvío. El fundamento de dicha innovación, como no puede ser de otra manera, está asociado a la preservación de la economía procesal, dado que se trata de hipótesis en las que el superior tribunal está en condiciones de resolver sin necesidad de nuevas inspecciones sobre los hechos controvertidos³⁵⁷. Sin embargo, el alcance de la casación “positiva” así admitida, suele ser considerado de interpretación restrictiva, en atención a una razón práctica generalmente evidenciada por la doctrina italiana: la necesidad de no transformar a la Corte de Casación en una “tercera instancia de mérito”³⁵⁸ que la fuerce a revisar la totalidad de las constancias de cada causa para

³⁵⁷ V. COMOGLIO – TARUFFO – FERRI, *Lezioni ...*, ob. cit., p. 670.

³⁵⁸ Guarda interés comparativo remarcar una diferencia terminológica respecto de aquello que la doctrina italiana entiende como “tercera instancia de mérito”.

Existe efectivamente en el país de referencia, una tendencia a considerar que la Corte de Casación se transformaría en una “tercera instancia de mérito” *por la sola circunstancia de tener que pronunciarse sin reenvío sobre el*

resolver adecuadamente la litis (*iudicium rescissorium*), con la carga material de trabajo que ello implica³⁵⁹.

En el esquema actual, por ende, si bien se mantiene la regla del reenvío, la misma puede ser dejada de lado cuando la controversia sea susceptible de resolución sin necesidad de ampliar el juicio de hecho. Así lo dispone el art. 384 del CPC It. (actualmente, según el texto aprobado por la reforma del decreto legislativo n° 40 de 2006): “La Corte, cuando acoge el recurso, casa la sentencia reenviando la causa a otro juez, el cual debe respetar el principio de derecho y lo establecido por la Corte, o decide la causa en el mérito siempre que no sean necesarias ulteriores determinaciones de hecho³⁶⁰”.

En caso de procederse a la remisión del expediente a la instancia de grado, de conformidad con la regla general allí sentada, el proceso sigue adelante mediante el llamado “juicio de reenvío”, por el que, reeditándose los pasos pertinentes de acuerdo al supuesto por el que se anuló la sentencia³⁶¹, se arribará a una nueva decisión de mérito respetando el principio de derecho sentado por el máximo tribunal.

fondo del asunto. Sin embargo, en nuestro medio, en los sistemas en los que impera la regla opuesta (esto es, la llamada casación “impura” sin reenvío, vg., en el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la Provincia de Buenos Aires, con. art. 289, CPCBA), la doctrina en general y la Suprema Corte en reiterados pronunciamientos insisten en que dicho cuerpo no constituye una “tercera instancia” (v. SCBA, doct. causas Ac. 33.499, “Bucchino”, sent. del 11-IX-1984; Ac. 42.003 “Orellano”, sent. del 21-5-1991; Ac. 76.616, “Clavijo”, sent. del 23-XII-2002, etc.).

La diferencia lexicográfica (o más bien, la utilización de una misma expresión para calificar sistemas radicalmente diversos en este aspecto), parte fundamentalmente de la diferente visión acerca de lo que se define por “tercera instancia de mérito”: en Italia, dicha calidad queda determinada por el solo hecho de consagrarse un mecanismo en el que el tribunal de casación deba pronunciarse positivamente resolviendo la controversia (ergo, si la Corte se pronuncia sin reenvío, actúa como una “tercera instancia”); mientras que en nuestro medio, lo que permite calificar a una Corte Suprema como de “tercera instancia” es, en realidad, la posibilidad o no de revisar el juicio de hecho y la valoración de las pruebas (ergo, como los recursos extraordinarios no permiten en principio dicho reexamen, el órgano cimero que los resuelve no puede ser considerado una “tercera instancia” -véase explícitamente dicho criterio demarcatorio en: SCBA, causas Ac. 32.911, sent. del 26-VI-1984; C. 102.282, “Hurtado”, sent. del 11-XI-2009; C. 107.067, “Suárez Martínez”, sent. del 30-III-2010, entre muchas otras-).

³⁵⁹ V. SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 384 del CPC It, en CARPI - TARUFFO, *Commentario* ..., ob. cit. p. 1276, con amplia cita doctrinaria.

³⁶⁰ Se ha seguido la línea de traducción de la expresión italiana “*accertamento dei fatti*” como “determinación de los hechos”, siguiendo el criterio adoptado por Jordi FERRER BELTRÁN en la traducción de la conocida obra de TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2° ed., 2005, (v. especialmente, pp. 18-19, donde se explican las razones de dicha elección lingüística, que resultan convincentes, si bien –como allí también se advierte- puede no ajustarse exactamente al uso habitual del operador hispanoparlante).

³⁶¹ Cabe recordar en este punto que el recurso de casación puede en realidad ser acogido por diversas causales que, al verificarse en la especie, son idóneas para provocar no ya un nuevo pronunciamiento, sino la anulación de gran parte de las actuaciones. Por lo que el juicio de reenvío importaría en estos casos la reedición casi total de la litis y no sólo la emisión de un nuevo fallo sobre el fondo del asunto. Así ocurriría, por ejemplo, si la Corte acogiera el embate con sustento en la ausencia de jurisdicción o competencia del judicante de grado (art. 360, incs. 1] y 2], CPC It.), o si se hace lugar a la invalidación del procedimiento (íd., inc. 4)]. V.,

2.6) El recurso en el “interés de la ley” y el “principio de derecho”.

Una de las manifestaciones del sistema casatorio italiano en las que se advierte con más claridad la presencia de *una inclinación pública hacia la preservación de la correcta y uniforme interpretación normativa* (incluso en desmedro del *ius litigatoris*), es el instituto del recurso “en el interés de la ley”, ahora ampliado (2006) con el reconocimiento de la atribución oficiosa, por parte de la Corte Suprema, de enunciar “principios de derecho” atinentes al asunto debatido.

En virtud del art. 363 del CPC italiano, el Ministerio Público tiene la posibilidad de requerir la revisión de una decisión pretendidamente ilegítima, prescindiendo de la iniciativa procesal de los protagonistas de la controversia (es decir, por más que el recurso hubiera sido desistido o extemporáneamente interpuesto). Las resultas de ese medio atípico de impugnación, se orientan a la consagración de jurisprudencia relevante sobre puntos de derecho controvertidos, de modo de garantizar el ejercicio de las funciones nomofiláctica y uniformadora por parte del máximo tribunal (*ius constitutionis*), con independencia del contingente interés de la parte agraviada en modificar el decisorio equivocado (*ius litigatoris*)³⁶².

De este modo, en caso de que la Corte se aparte de la hermenéutica adoptada en la decisión atacada, los litigantes que han consentido el fallo no pueden valerse del criterio allí sostenido, incidiendo los efectos de la nueva sentencia sólo como instrumento de persuasión hacia los tribunales inferiores, respecto de la correcta interpretación de la normativa aplicable al caso. Se da, en tal hipótesis, una particular situación de coexistencia de dos sentencias sobre un mismo asunto: una con eficacia exclusiva para las partes (la pasada en autoridad de cosa juzgada por ausencia de embate) y otra orientada al “público en general”, en forma de máxima de interpretación para futuros casos (la decisión que hace lugar el recurso del Procurador General).

sobre las diversas variantes de reenvío según la causal de que se trate: PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni ...*, pp. 518, 522, 526-527, 530-53; COMOGLIO – TARUFFO – FERRI, *Lezioni ...*, ob. cit., p. 670-672; LUISO, Francesco, *Diritto Processuale Civile*, ob. cit., pp. 474-477.

³⁶² De acuerdo con el texto del art. 363 del CPC It., el Procurador General puede requerir que la Corte enuncie en el interés de la ley el principio de derecho al cual el juez debería haberse atendido”, no sólo cuando las partes no hubieran interpuesto el recurso o lo hubieran renunciado, sino cuando “el proveimiento no fuera recurrible en casación ni impugnabile por otra vía” (v. SASSANI, Bruno, “Uno sguardo sul nuovo giudizio di cassazione (prima puntata)”, en www.judicium.it, § 6; SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 363 del CPC, en CARPI – TARUFFO, *Commentario ...*, ob. cit., p. 1240-1242; COMOGLIO – FERRI – TARUFFO, *Lezioni ...*, ob. cit., pp. 654-655).

Como fuera anticipado, a partir de 2006, el instrumento en cuestión se extiende a hipótesis en las que el recurso de casación es directamente inadmisibile (vg., porque la decisión pertinente no es susceptible de revisión por esta vía). Quedan así abarcadas en este ámbito una pluralidad de situaciones en las que *no se trata ya de suplir la inacción o renuncia del recurrente a través de la iniciativa del Ministerio Público*, sino directamente de *autorizar a la Corte a entender oficiosamente en tópicos de derecho que de ninguna manera hubieran podido ser llevados ante sus estrados* por los interesados directos. El alto cuerpo queda así potencialmente habilitado a sentar jurisprudencia sobre cada materia que de cualquier modo “pase por sus manos”, por más que la impugnación respectiva no hubiera sido idónea para habilitar el recurso de casación y aun cuando el pronunciamiento final no tenga eficacia alguna en la controversia concreta en la que se dicta³⁶³.

3) El debate sobre el modelo de casación en Italia (perspectivas actuales sobre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*).

a) Estamos ahora en condiciones de penetrar en uno de los principales dilemas que afronta el instituto de la casación en Italia, que desde hace algunos años se debate entre dos modelos que pugnan por la definición de su rol primordial: i) por un lado, la consolidación de un paradigma en el cual el recurso de casación es considerado primordialmente como una *garantía* para los litigantes (esto es, un instrumento que les asegure la preservación de la legalidad de las decisiones adoptadas a su respecto); ii) por el otro, la apelación a las reconocidas *funciones institucionales del máximo tribunal* como custodio de la uniforme interpretación de la ley, para enfatizar la *prevalencia de dicho rol* sobre la tutela del interés de las partes.

Cierto es que la referida distinción recuerda a la histórica distinción entre las finalidades “pública” y “privada” de la casación, dicotomía destacada insistentemente

³⁶³ V. una aproximación crítica a esta visión “excesiva” del legislador respecto de la función nomofiláctica que se pretende incentivar por dicho medio en TARUFFO, Michele, “Una riforma alla Cassazione civile?”, cit., p. 766-776 (señalando que el aumento de la intervención de la Corte enunciando principios de derecho “sobre todo” agravaría la variación injustificada y contradicción en la jurisprudencia, por lo que –agrega el destacado publicista italiano– “no es fácil entender cómo el legislador pudo haber pensado que incrementando significativamente el número de los principios de derecho la Corte podría desarrollar mejor su función nomofiláctica”), p. 770; COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado – TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, ob. cit., p. 655; SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 363 del CPCC en CARPI – TARUFFO, *Comentario ...*, ob. cit., esp. p. 1242 (recalando en la concepción “burocrática” de la jurisprudencia a la que responde esta visión expandida del “principio de derecho”).

por CALAMANDREI³⁶⁴ y ampliamente difundida por los estudiosos de la casación, como dos facetas fundamentales de esta forma de control de legitimidad de las sentencias judiciales³⁶⁵. Sin embargo, no es la descripción de ambos perfiles de la casación lo que distingue a la moderna experiencia italiana.

Lo que sí merece atención es el *grado de tensión* que tales factores adquirieron en este país, a consecuencia del encuadre constitucional de la figura. En otras palabras: en diversos ordenamientos comparados confluyen en diverso grado (y con profundos matices) las dos visiones aludidas de la casación. Es decir, que se tutela en mayor o menor medida el interés de las partes *-ius litigatoris-* a través de un ejercicio más o menos amplio de las competencias propias de la corte suprema, según las reglas de acceso a dichos órganos y el celo con que los mismos preserven su rol institucional *-ius constitutionis-*. Pero en Italia, el dilema se agrava y directamente se pone en cuestión la posibilidad constitucional de que una reforma limite el derecho de toda persona de tener “su” día en casación, aun cuando la modificación busque potenciar la función pública del cimero cuerpo jurisdiccional.

La aguda contraposición parte, en gran medida, de dos previsiones fundamentales del ordenamiento vigente.

Por una parte, el art. 111, 7º párrafo, de la Constitución italiana (1948), prevé que “contra la sentencia y contra las resoluciones sobre la libertad personal, pronunciadas por los órganos jurisdiccionales ordinarios y especiales, *se admitirá siempre*

³⁶⁴ CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil*, ob. cit., especialmente t. II. En dicho tomo de la clásica obra del profesor florentino, se desarrolla *in extenso* su teoría sobre la prevalencia de la *finalidad pública* de la casación sobre el *interés privado* en revisar los errores jurídicos de la sentencia. El impulso particular actúa, en esta visión, como un mero instrumento del que se sirve el estado para obtener una finalidad más elevada, como es la preservación de la correcta y uniforme interpretación de la ley. Se trata de un interés que, pese a ser “secundario”, aparece como un resorte efectivo para motorizar el control de legitimidad de las decisiones de grado, ya que “ningún órgano público, por muy escrupuloso y bien orientado que fuese, podría vigilar la jurisprudencia y apreciar sus desviaciones con celo y sensibilidad semejantes a los que el particular emplea para encontrar, en la motivación de una sentencia que lo condena, un error de derecho, cuando sabe que este error de derecho podrá proporcionarle el medio de sustraerse a los efectos de aquella condena” (id, pp. 152-153).

³⁶⁵ V. HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, ob. cit., pp. 157-185 [reconociendo la distinción, aunque sin subordinar la tutela del *ius litigatoris* a las finalidades clásicas de la casación, instituto que –a su juicio– también debe estar enfocado hacia la preservación de la justicia del caso]; TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo ...*, ob. cit., pp. 130-135 y 225-230 [aprovechando la distinción entre la tutela del *ius litigatoris* y la salvaguarda del *ius constitutionis* como modelos explicativos de dos tendencias enfrentadas respecto del ejercicio de la función nomofilática de la Corte de Casación: la que –por un lado– orienta la interpretación de la ley a encontrar la solución más justa teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto y la que –por el otro– busca obtener de dicha tarea criterios hermenéuticos generales destinados a valer más allá del caso particular]. Más adelante volveremos sobre esta interesante aproximación, de la que haremos uso explícitamente (v. *infra*, capítulo sexto, par. V, ap. 3.2.c)].

el recurso de Casación por violación de la ley” (traducción y énfasis propios). Fácil es advertir que dicha disposición, al consagrar una admisión irrestricta del recurso de casación (“se admitirá *siempre* ...”) configura el eje fundamental de la tendencia que adjudica al instituto examinado, el rol primordial (y casi insustituible) de custodio de los habitantes frente a decisiones ilegítimas de los jueces de grado. Y, consecuentemente, actúa como el cimiento de la corriente que afirma la inviabilidad de que el legislador ordinario pueda restringir el acceso a dicha instancia jurisdiccional con mecanismos de selección cualitativos sometidos a la “discreción” del máximo tribunal³⁶⁶.

Frente a dicho perfil, asociado fundamentalmente al *ius litigatoris*, se alza el art. 65 de la Ley sobre Organización del Poder Judicial (*Legge sull’ ordinamento giudiziario*, sancionada el 30 de enero de 1941, con anterioridad a la Constitución Republicana). Establece el citado precepto que la Corte Suprema de Casación, “como órgano supremo de la justicia, asegura la exacta observación y uniforme interpretación de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional ...”. Independientemente del sesgo iuspositivista de dicha previsión, asociada a una tendencia interpretativa de tipo formal (pretensión de conocer el sentido “exacto” y “objetivo” de la ley con carácter general y abstracto³⁶⁷), lo cierto es que la norma constituye un claro exponente del ideario de CALAMANDREI en cuanto a la prevalencia de la finalidad “pública” (nomofiláctica y,

³⁶⁶ V. CARRATTA, Antonio, “La Corte costituzionale e il ricorso per cassazione quale ‘nucleo essenziale’ del ‘giusto proceso regolato dalla legge’: un monito per il legislatore ordinario”, en *Giurisprudenza italiana*, mayo 2010, pp. 627-633, sosteniendo que es difícil negar –especialmente a la luz de la posición asumida en la materia por los jueces constitucionales [se refiere a la sentencia de la Corte Constitucional n° 207 del 9 de julio de 2009, que reafirmó el rol que asume el recurso de casación en el sistema de garantías a la luz del citado art. 111 de la Ley Suprema italiana], la *imposibilidad constitucional para el legislador ordinario de transitar el camino de la limitación del acceso al juicio de casación* para consentir a la Corte un mejor desarrollo de las funciones que le confiere el art. 65 de la ley de organización del Poder Judicial. Operando de ese modo, de hecho, se consagraría una inversión de las fuentes y de los principios del ordenamiento –constitucionalmente ilegítima– haciendo prevalecer meras exigencias de funcionamiento de un órgano judicial sobre una garantía, como aquella del derecho al control de legalidad de parte de la suprema Corte, señalada como ‘núcleo esencial del debido proceso’” (*ibid.*, esp. p. 629, el resaltado y la aclaración entre corchetes nos pertenece). Es de aclarar que la sentencia comentada de la *Corte Costituzionale*, previamente citada, es de naturaleza penal, aunque el autor se expide por la inconstitucionalidad de los sistemas de limitación al acceso a la casación, con independencia de la materia de que se trate.

³⁶⁷ No es el lugar de detenernos en el estudio de las corrientes de interpretación “formalistas” y la incidencia que dichos modelos poseen en la casación y, especialmente, en la redacción del art. 65 de la ley orgánica del Poder Judicial italiano. Nos permitimos remitir en el punto a TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo* ..., ob. cit., pp. 90-124.

especialmente, uniformadora) que debía asumir el instituto de la Casación, aun en detrimento de los intereses particulares de los litigantes³⁶⁸.

Como puede advertirse de los modernos estudios sobre la problemática de la casación en Italia, la subsistencia de dicha tensión impide al día de la fecha encontrar consensos que permitan superar la crisis de la Corte Suprema, mediante la adopción de reformas de fondo, que permitan concentrar los esfuerzos de dicho cuerpo en aquellas tareas que le permitan cumplir adecuadamente con su rol institucional. Es en tales condiciones que autores como TARUFFO se refieren a la “crisis de identidad” que sufre el órgano ubicado en el vértice del sistema de justicia de este país, a consecuencia de la ambigüedad de dos “modelos” contrapuestos que puján asistemáticamente por monopolizar el perfil de la casación y que terminan concretando esfuerzos aislados de reforma tendientes a resolver el problema³⁶⁹.

El contexto de marras constituye un aspecto interesante a tener en cuenta para nuestra investigación: la fortaleza de la idea del recurso de casación como una garantía que “siempre” debe estar a la mano del litigante para remediar la inadecuada interpretación de la ley, constituye un serio óbice para la introducción de instrumentos de selección cualitativa de los casos a decidir por las cortes supremas. Más aun cuando, como en el caso de Italia, dicha postura no sólo responde a aspectos propios de la cultura forense, sino que se arraiga en postulados contenidos en la Constitución misma³⁷⁰.

³⁶⁸ Como fuera anticipado, el “primer” CALAMANDREI no dudaba en afirmar la supremacía de la misión pública institucional de la Corte de Casación sobre el interés particular de las partes en obtener una sentencia justa, considerando que dicho cuerpo: “[debía] cuidarse, *más que de resolver según justicia el caso concreto, de sugerir hacia el futuro la interpretación teórica correspondiente en abstracto con la voluntad del legislador*”. Más adelante, dicho rigor se atenuaba en el pensamiento del autor, que décadas después se mostraba “persuadido de la necesidad de adecuar el funcionamiento de la Casación a las nuevas exigencias de los tiempos que vivimos, que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empíreo de la lógica pura [...] Y puesto que tengo confianza en estos hombres, confío también en que la Corte de Casación terminará por ser, en el futuro, *cada vez más próxima y sensible a las exigencias de la justicia sustancial*”. La dictonomía que exhibe la evolución del pensamiento de CALAMANDREI ha sido puesto de manifiesto en más de una oportunidad (v. VÁSQUEZ SOTELO, José L., *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser, Barcelona, 1979, pp. 204-205; MORELLO, Augusto M., *La casación. Un modelo intermedio...*, ob. cit., pp. 71-76; HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios* ..., ob. cit., pp. 179-180).

Subrayando la influencia de la prédica original de CALAMANDREI en la formulación del art. 65 de la ley sobre el ordenamiento judicial, v. TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo...*, ob. cit., pp. 84-89, donde destaca especialmente la exaltación de la función “uniformadora” de la casación, tan presente en la obra de aquél como ausente, a juicio del autor, en los antecedentes históricos del instituto.

³⁶⁹ TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil*, pássim (esp. pp. 31-32).

³⁷⁰ Véase, por ejemplo, la diferencia existente entre la transcripta cláusula del art. 111 de la Constitución de la República Italiana (que dispone básicamente que contra las sentencias de grado “*se admitirá siempre* el recurso

b) Otra enseñanza puede extraerse de la experiencia italiana, es el relevamiento de los efectos que produce la sobrecarga de tareas del máximo tribunal (derivada de la elección por un régimen en el que dicho cuerpo es potencialmente competente para conocer en todos los casos en los que se suscite una cuestión de derecho), sobre el efectivo cumplimiento de las aspiraciones por las que un sistema de tales características viene inicialmente justificado.

En otras palabras: cuando un ordenamiento opta por admitir genéricamente la revisión de la legitimidad de todas las sentencias definitivas de los tribunales de grado (o, como vimos, autoriza a la Corte a enunciar “principios de derecho” sobre cualquier materia que “llegue a sus oídos”³⁷¹), lo hace en el entendimiento que dicha herramienta permitirá uniformar la interpretación del derecho, resguardando de este modo el principio de igualdad (aplicación pareja de la ley a todos los que acuden al servicio de justicia para dirimir sus conflictos) y potenciando la eficiencia del sistema de justicia (la jurisprudencia de los altos cuerpos es seguida por los inferiores y de ese modo se evita el tránsito innecesario por diversas instancias recursivas para poner fin a la litis). Podría entenderse así que el abordaje de un mayor número de asuntos y la consecuente

de Casación por violación de la ley”) y el art. 117 de la Constitución Nacional argentina (que prescribe que la Corte Suprema de la Nación ejerce su “jurisdicción por apelación *según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso*”). La misma comparación puede formularse con la previsión del art. 161, inc. 3, ap. a) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que al regular la competencia recursiva de la Suprema Corte determina que ella conoce en el recurso de inaplicabilidad de ley “*con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos*” (v. respecto de estas previsiones, *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 1).

En alguna oportunidad, como lo recuerda TARUFFO, se planteó la posibilidad de modificar el art. 111 de la Constitución italiana, a través de una redacción similar a la que rige, por ejemplo, en nuestro país. Así, se postulaba que contra las sentencias de los órganos judiciales se admitiera el recurso de casación “en los casos previstos por la ley” (V. TARUFFO, Michele, “Una riforma della cassazione civile?” en, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, vol. 60, n° 3, 2006, p. 758, nota 10).

En general, coinciden en la necesidad de avanzar hacia un sistema de selección cualitativa de asuntos merecedores de ser revisados en casación, incluso mediante una reforma constitucional: TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo...*, ob. cit., esp. pp. 234-236 (considerando que la idea de selección de causas de acuerdo a su importancia general o su manifiesta fundabilidad o infundabilidad, es coherente y funcional con el modelo de “corte suprema” que propicia, en el que la función nomofiláctica se enfoca a la interpretación general más justa de la norma); SILVESTRI, Elisabetta, “Le Corti Supreme Europee: acceso, filtri, selezione”, en VVAA, *Le Corti Supreme. Atti del Convegno, Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 105 y ss.; íd., “La novità in tema di giudizio di cassazione”, en VVAA [Dir.: TARUFFO, Michele], *Il processo civile riformato*, Zanichelli ed., Bologna, 2010, esp. p. 413 (enfaticando no ya la conveniencia sino la “indispensabilidad” de dicho proceder afrontando, de ser necesario “el difícil camino de la revisión constitucional”, ya que si bien se descuenta que el art. 111 de la Constitución no consiente la existencia de filtros cualitativos, sin ellos “no tiene sentido hablar de una corte suprema, como lo enseña la experiencia del derecho comparado”); PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di diritto processuale*, ob. cit., p. 507 (destacando que la superación del cuadro de situación de la Corte Suprema sólo será posible si, luego de una serie de no simples intervenciones de los poderes públicos, se atribuya a la misma el poder de seleccionar los recursos sobre la base del grado de interés general que involucren, aclarando más adelante que tal camino demandaría modificar el art. 111, inc. 7 de la Constitución).

³⁷¹ V. *supra*, ap. 2.6).

dilación que ello produce, serían un razonable precio a pagar a cambio de tener satisfechas dichas finalidades trascendentes.

Ahora bien, cuando un tribunal de dichas características dicta más de 30.000 sentencias por año, el riesgo de inconsistencias aumenta dramáticamente³⁷², el conocimiento de la jurisprudencia del alto cuerpo por parte de los diversos operadores jurídicos se desvanece y se expande a límites desproporcionados la demora en la resolución final de la causa. Es allí cuando se pone en crisis el acierto en la elección del sistema, ya que las premisas por las que se valoraba al esquema de la Corte ‘omnipresente’ como superador, pierden vigencia³⁷³.

4) El llamado “filtro” ante la Casación

4.1) Introducción

El dilema aludido en el párrafo anterior no ha tenido un efecto paralizador absoluto respecto de las tentativas de reforma de la casación, ya que en diversas oportunidades –especialmente en los últimos años (2001, 2006, 2009)- se han encarado algunas modificaciones tendientes a superar la crisis que aqueja a la Corte Suprema. La eficacia de las mismas ha sido puesta seriamente en duda, en algunos casos por su carácter fragmentario e insuficiente para remediar un problema sistémico y, en otros,

³⁷² V. CHIARLONI, Sergio, “Las tareas fundamentales de la corte suprema de casación, la heterogeneidad de los fines surgida de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas” [trad.: Juan José MONROY PALACIOS], en VVAA [Manuel ORTELLS RAMOS: coord.], *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008, p. 61; *id.* “Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 56, 2002/1, pp. 11-16 [esp. p. 6] (destacando metafóricamente que la jurisprudencia de la Corte se parece a un “supermercado en el que los clientes –los litigantes- logran fácilmente encontrar el producto que buscan” y en el que “el derrotado en el juicio de mérito también puede encontrar precedentes favorables”); TARUFFO, Michele, “Precedente y jurisprudencia” [trad.: Claudia MARTÍNEZ VALLECILLA y Fernando GANDINI], en *Precedente. Anuario Jurídico*, Cali, Colombia, 2007, p. 90; *id.*, “Una reforma della cassazione civile?”, cit., p. 757.

V. asimismo una serie de estudios tomada como referencia constante por los autores que se refieren a este problema en Italia, correspondiente a MONETA, Gabriele, “La cassazione civile e i suoi contrasti di giurisprudenza del 1990”, en *Contratto e impresa*, 1992, pp. 1245 y ss.; *id.*, *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Padova, 1993; *id.*, *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova, 1995. En ellos se analizan las inconsistencias padecidas respecto de similares cuestiones de derecho en diversos períodos de la jurisprudencia de la Corte de Casación.

³⁷³ Son de recordar en este sentido las palabras de CARPI: “Aquéllos que tienden a enfatizar el aspecto garantista del recurso de casación para el ciudadano, en presencia de (verdaderos o presuntos) errores graves de juicio (y, por tanto, de mérito), no toman conciencia de que la verdadera ventaja para el individuo y para toda la colectividad sería contar con la posibilidad de utilizar precedentes jurisprudenciales persuasivos, claros y no contradictorios” (CARPI, Federico, “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la Reforma de 2006. Análisis comparado”, en VVAA [OTEIZA, Eduardo: coord.], *Reforma Procesal Civil*, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 646).

directamente por considerarse que ciertas modificaciones no pueden sino producir el efecto inverso al deseado, esto es: incrementar la sobrecarga de la Corte de Casación y enervar de este modo sus posibilidades de cumplir con las misiones de nomofilaxis y uniformación que la caracterizan³⁷⁴.

El último de los resortes ideados con dicha finalidad de descongestión, es el llamado “filtro” al recurso de casación, consagrado con la introducción del art. 360 bis del CPC It., por la reforma de la ley n° 69/09³⁷⁵.

Se trata, cabe adelantarlo, de un mecanismo embrionario que permite tamizar los asuntos llevados ante el máximo tribunal permitiendo su *rechazo anticipado* en atención a la presencia de una hipótesis más o menos clara de inadmisibilidad o ante la infundabilidad manifiesta de la queja, *sin reconocer a aquel cuerpo potestades de selección ‘stricto sensu’* (es decir, atribuciones para decidir sólo los casos que posean trascendencia suficiente para ser atendidos en casación).

En una lectura inicial, puede entonces advertirse que el “filtro” establecido en 2009 *no implica un cambio sustancial* en el modelo de actuación de la Corte Suprema, sino una *herramienta destinada a la agilización del trámite* previo a la desestimación de recursos inadmisibles o que envuelvan cuestiones ya resueltas por una jurisprudencia

³⁷⁴ V. TARUFFO, Michele, “Una riforma della cassazione?”, cit., *pássim*; *id.*, “Le ultime riforme della giustizia civile”, en VVAA [Dir.: TARUFFO, Michele], *Il processo civile riformato*, Zanichelli Ed., Bologna, 2010, pp. 1-19; SILVESTRI, Elisabetta, “La novità in tema di giudizio di cassazione”, en VVAA, *Il processo civile riformato*, ob. cit., esp. pp. 410-412.

³⁷⁵ Para una referencia bibliográfica acerca del “filtro” en la casación italiana luego de la reforma del año 2009, pueden citarse: CARPI, Federico, “Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione”, en *Corriere Giuridico*, Ipsoa, Milano, vol. 26, n° 11, pp. 1443-1448; SILVESTRI, Elisabetta, “La novità in tema di giudizio di cassazione”, en VVAA [a cura di TARUFFO, Michele], Zanichelli ed., Bologna, 2010, pp. 409-448; *id.* nota al art. 360 bis en CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, 6° ed., 2009, pp. 1235-1236; BRIGUGLIO, Antonio, “Ecco il ‘filtro!’ (L’ultima riforma del giudizio di cassazione)”, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Padova, 2009, vol. 64, n° 5, pp. 1275-1294; CARRATTA, Antonio, “Il ‘filtro’ al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità”, en *Giurisprudenza italiana*, Junio 2009, pp. 1563-1568; *id.*, “La Corte costituzionale e il ricorso per cassazione quale ‘nucleo essenziale’ del ‘giusto processo regolato dalla legge’: un monito per il legislatore ordinario”, en *Giurisprudenza italiana*, mayo 2010, pp. 627-633; DE CRISTOFARO, Marco, nota a los arts. 360 bis a 392 del CPC, en CONSOLO, Claudio (Dir.), *Codice di Procedura Civile. Commentato. La riforma del 2009*, IPSoA, Milano, 2009, pp. 231-269; DIDONE, Antonio, “Il nuovo ‘filtro’ in cassazione: esercitazione sul danno esistenziale”, en *Giurisprudenza italiana*, agosto-septiembre 2009, pp. 1990-1995; CONSOLO, Claudio, “Una buona ‘novella’ al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale”, en *Corriere Giuridico*, vol. 26, n° 6, 2009, pp. 737-743; RICCI, Edoardo, “Il filtro in Cassazione scivola sul paradosso”, en *Il sole 24 ore* (disponible on line: <http://www.ordineavvocatitrani.it>, “Resegna stampa” del 29-5-2009); COSTANTINO, Giorgio, “La riforma del giudizio di legittimità: la Cassazione con filtro”, en *Giurisprudenza Italiana*, Junio de 2009, pp. 1560-1563; POLI, Roberto, “Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione”, en *Rivista di diritto processuale*, vol. 65, n° 2, 2010, pp. 363-384; REALI, Giovanna, “Art. 360 bis. Inammissibilità del ricorso” en VVAA (a cura di: Franco CIPRIANI), *La riforma del giudizio di cassazione*, Dorigo, Padova, 2009, pp. 117-148.

consolidada del órgano. El “filtro” así aprobado en 2009 tuvo alcances más limitados que los pretendidos por la Corte de Casación, que impulsara una reforma más profunda, pudiendo ser incluido en la categoría de mecanismos “impropios” de selección, de acuerdo con la clasificación oportunamente explicitada (v. *supra*, capítulo segundo, par. I, ap. 3]).

Asimismo, es de señalar que, independientemente de las dudas constitucionales elevadas respecto del “filtro” (en cualquiera de sus variantes) a partir de la cláusula del art. 111, 7º párrafo de la Ley Suprema italiana³⁷⁶, el texto final aprobado con la reforma de 2009 fue motivo de intensos vaivenes en la legislatura, que terminaron afectando seriamente su técnica de redacción, con las consecuentes dificultades interpretativas que ello suscita³⁷⁷. Pero con independencia de dichos cuestionamientos, interesa destacar que el mecanismo aprobado finalmente, limitó los alcances pretendidos no sólo por la doctrina que auspicia la sanción de un instrumento de selección cualitativa real, sino por la misma Corte de Casación, que impulsara una reforma más profunda que la ulteriormente sancionada³⁷⁸.

Existe coincidencia entre los comentaristas de la reforma en cuanto a la necesidad de aguardar prudentemente la definición de la Corte respecto de varios de los puntos controvertidos de la norma y, especialmente, del perfil que el alto cuerpo irá

³⁷⁶ V. CARRATTA, Antonio, “Il ‘filtro’ al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità ...”, cit., esp. p. 1564; id., “La Corte costituzionale e il ricorso per cassazione ...”, cit., esp. p. 629.

³⁷⁷ V. para una descripción del *iter* legislativo: COSTANTINO, Giorgio, “La riforma del giudizio di legittimità”, cit., p. 1561; DE CRISTOFARO, Marco, en CONSOLO, Claudio (Dir.), *Codice di Procedura Civile. Commentato ...*, cit., pp. 236-240; BRIGUGLIO, Antonio, “Ecco il ‘filtro’! ...”, cit. p. 1282-1283 y 1286-1287. V. asimismo, respecto de las consecuencias que dicho debate tuvo sobre la redacción de la norma: SILVESTRI, Elisabetta, “La novità in tema di giudizio di cassazione”, cit., p. 414 (destacando la coincidencia generalizada sobre la “pésima factura” del artículo y la incidencia que el accidentado trámite parlamentario pudo tener sobre tal déficit); en similar sentido: TARUFFO, Michele, “Le ultime riforme della giustizia civile”, cit. p. 2; CARPI, Federico, “Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione”, cit. p. 1445.

³⁷⁸ En su relación de apertura del año judicial de enero de 2009 (es decir, anterior a la sanción definitiva de la reforma analizada), el Presidente de la Corte de Casación advertía de la necesidad de aprobar un “filtro” efectivo, como los que rigen en otras latitudes para acceder a la máxima instancia judicial, de modo de concentrar los esfuerzos del tribunal en las materias más sensibles a su finalidad institucional y reducir los tiempos del proceso. Así, en dicha relación, la máxima autoridad del cuerpo bregaba por la introducción del instituto examinado evitando que en la legislatura se siga modificando el texto original del proyecto de ley (que en ese momento tenía media sanción): “Se trata de una reforma fundamental, que tendría un doble, importantísimo beneficio: - para la Corte misma, no más atascada con cuestiones ‘de bagatela’; - para el sistema judicial entero, porque permitiría a la Corte concentrarse aun más sobre el rol de ‘guía’, mejorando los tiempos de los procesos y la certeza de esa ‘guía’. Aguardamos que el Gobierno, que ha visto su propuesta aprobada por una de las ramas del Parlamento, mantenga su texto y no consienta ulteriores modificaciones que desnaturalizaran su utilidad y funcionalidad” (*Relazione per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 2009*, disponible *on line* en el sitio de la Corte de Casación italiana: <http://www.cortedicassazione.it>, sección “*Relazioni del Primo Presidente*”, p. 81 [traducción propia]). El pedido no fue escuchado, como puede advertirse de la reseña formulada respecto del trámite parlamentario de la norma (v. nota al pie anterior).

dando al instituto analizado mediante su cotidiana utilización. No obstante lo cual el articulado definitivamente aprobado, parece dejar claro que el cimero cuerpo se encuentra limitado funcionalmente para llevar adelante una selección cualitativa de casos según su trascendencia³⁷⁹.

4.2) El 'filtro' en Casación: causales de aplicación.

Formuladas dichas precisiones introductorias, cabe que nos adentremos en la regulación del instituto examinado.

La norma central que disciplina el “filtro” en la casación italiana es el art. 360 bis del ordenamiento adjetivo civil, según el cual será “inadmisible” el recurso:

- cuando la decisión impugnada hubiera decidido cuestiones de derecho de conformidad con la jurisprudencia de la Corte y de los motivos del embate no surjan elementos para confirmar o modificar el sentido de la misma [inc. 1];

- cuando fuera manifiestamente infundada la denuncia de violación a los principios reguladores del debido proceso [inc. 2].

Como puede advertirse, la causal prevista en el inciso 1) se asemeja a una de las que en nuestro medio autorizan la aplicación del llamado “certiorari negativo”, tanto en el régimen federal (art. 280, CPCC –cuestión insustancial-³⁸⁰) como en el de la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis, ley 5827³⁸¹).

Al igual que en la Argentina, se trata de una hipótesis de infundabilidad del embate (más que de inadmisibilidad propiamente dicha ³⁸²) que viene juzgada

³⁷⁹ V. CARRATTA, Antonio, “Il ‘filtro’ al ricorso in cassazione ...”, cit. p. 1564; BRIGUGLIO, Antonio, “Ecco il filtro!...”, cit. p. 1280. Esta circunstancia ha llevado a la conclusión de que la reforma, finalmente, no ha contentado a ninguno de los que, desde posiciones absolutamente divergentes sobre la viabilidad de este tipo de resortes, la han estudiado (v. SILVESTRI, Elisabetta, “Le novità in tema di giudizio di cassazione”, cit. p. 412).

³⁸⁰ V. la definición que la Corte Suprema de la Nación ha dado tradicionalmente a las “cuestión federales insustanciales” (categoría luego receptada en el elenco del art. 280 del CPCN), como aquellas respecto de las cuales “existe una clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de indudable aplicación al caso y el recurso carece de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla” (v. *infra*, cap. cuarto, par. IV, ap. 3.2).

³⁸¹ “En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que los recursos extraordinarios [...] plantean agravios desestimados por el mismo tribunal en otros casos análogos [...] podrá rechazarlos con la sola invocación de la presente norma y la referencia a cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas” (art. 31 bis, ley 5827 –v. *infra*, cap. sexto, par. IV, ap. 4.4-).

³⁸² La doctrina italiana ha cuestionado la utilización de la voz “inadmisibilidad” para referirse a un fenómeno asociado en realidad con el *mérito* de la impugnación deducida, es decir, con su “fundabilidad” o, en nuestra terminología, su “procedencia” (v. SILVESTRI, Elisabetta, “La novità ...”, cit., p. 415, con nutrida cita autoral; v. sobre la distinción entre admisibilidad y procedencia -o fundabilidad- en nuestro ordenamiento, v. HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos ordinarios* ... ob. cit., p. 86-96; FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, ob. cit., t. VIII, pp. 44-46).

anticipadamente en atención a la presunta facilidad con la que debería poder determinarse si la sentencia atacada está o no está en sintonía con los precedentes de la Corte. La base de esta inferencia es ciertamente cuestionada por los comentaristas de la reforma, que no sólo plantean óbices a la redacción de la norma, sino que ponen en duda la posibilidad de aplicar eficazmente esta cláusula, frente a la variabilidad y profusión de la jurisprudencia cimera.

En cuanto al primer aspecto (definición del presupuesto fáctico del art. 360 bis, inc. 1]), surge el interrogante acerca de la referencia a la “jurisprudencia de la Corte”, sin aditamentos, como condición para tornar aplicable el filtro. No existiendo una sistematización explícita en el ordenamiento respecto de la vinculatoriedad de los precedentes del alto tribunal, se ha intentado dilucidar si el criterio jurisprudencial de referencia debe estar “consolidado” o, aunque sea, dotado de cierta “estabilidad”, como para malograr el intento impugnativo que desconozca tal línea interpretativa³⁸³.

Respecto del segundo punto (dificultad adicional asociada a la inconsistencia de algunos criterios jurisprudenciales), se trata de un aspecto ya analizado. La *hiperactividad de la Corte*, forzada a entender en todos los casos en los que (a juicio de los recurrentes o incluso prescindiendo de su iniciativa³⁸⁴) se presente una infracción al ordenamiento jurídico, *provoca un sobredimensionamiento de su jurisprudencia*, que ha permitido a CHIARLONI y a TARUFFO comparar sus repertorios con un “supermercado” en el que el interesado puede encontrar todo lo que busca (... y lo contrario también)³⁸⁵.

En tales condiciones, sea por alguna imprecisión achacada a la norma o por la llamada “variabilidad injustificada” de la jurisprudencia³⁸⁶, se desvanece la nitidez que

³⁸³ V. DE CRISTOFORO, nota al art. 360 bis en CONSOLO, *Codice di procedura ...*, ob. cit., pp. 253-254 (refiriéndose a la existencia de una “serie diacrónicamente estable de decisiones homogéneas”, aunque bastando también “un solo pronunciamiento de las secciones unidas”); SILVESTRI, Elisabetta, “Le novità in tema ...”, cit. pp. 417-418, (juzgando decisivo el rol que tendrán, para definir la noción de “jurisprudencia de la Corte” que permite aplicar el art. 360 bis, los criterios enunciados por las “Secciones Unidas” de ese cuerpo o los “principios de derecho” pronunciados de oficio o “en el interés de la ley”); BRIGUGLIO, Antonio, “Ecco il filtro! ...”, cit. p. 1283-1284 (considerando que si la jurisprudencia no está consolidada o se trata de precedentes lejanos o aislados de la Corte, no correspondería aplicar el filtro, debiendo -por ende- ser admitido el recurso).

³⁸⁴ En cuanto a la actuación nomofiláctica con prescindencia de la iniciativa de las partes, v. *supra*, ap. 2.6].

³⁸⁵ V. *supra*, ap. 3.b].

³⁸⁶ Sobre el concepto de “variabilidad justificada” de la jurisprudencia, v. TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo ...*, ob. cit., pp. 139-141; *id.*, “Precedente y jurisprudencia”, cit., pp. 93-96; OTEIZA, Eduardo, “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”, en VVAA [OTEIZA: coord.], *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 363-408, esp. pp. 406 y ss.

inicialmente parece signar a esta causal, para ingresar a un campo mucho más complejo de reflexión sobre el mérito del recurso deducido.

Más controvertida aún es la hipótesis prevista en el art. 360 *bis*, inc. 2 del CPC It., que autoriza a aplicar el “filtro” cuando resulte “*manifestamente infundada la denuncia de violación a los principios reguladores del debido proceso*”.

El legislador parece haber querido “tarifar” uno de los supuestos de “manifiesta infundabilidad” que habilitan en general a acudir al procedimiento abreviado ante la *Camera di Consiglio* (art. 375, CPC It.; v. *supra*, ap. 2.4.b]). En otras palabras: mientras que por regla la *evidente improcedencia* de un recurso permite a la Corte acudir a un trámite simplificado de resolución sobre el mérito, en este caso puntual (es decir, cuando tal defecto se predica respecto de una denuncia de infracción al *due process of law*), el caso ni siquiera pasará el test de la “Sección Filtro” y podría quedar abortado liminarmente.

Resta verificar, de todos modos, las razones por las cuales el legislador habría identificado esta variante de infundabilidad manifiesta, distinguiéndola de las restantes que –como fuera explicado– tienen un régimen abreviado de tramitación. Se han ensayado diversas interpretaciones acerca de los alcances de la norma, buscando dar precisiones acerca del elenco de situaciones en las que sería de aplicación esta variante del filtro, especialmente teniendo presente que una buena parte de las denuncias de infracción de normas procesales (que entran dentro de los motivos de procedencia del recurso de casación –vg., violación de la ley *lato sensu* [art. 360 inc. 3, CPC It.], nulidad de la sentencia o del procedimiento [inc. 4], defectos de motivación [inc. 5])³⁸⁷, pueden ser reconducidas como denuncias de infracción al debido proceso.

4.3) Procedimiento y organización: la “sección filtro”.

a) Además de señalar las hipótesis en las que los recursos pueden ser declarados “inadmisibles” liminarmente, mediante la aplicación del “filtro” introducido en el art. 360 *bis* del CPC It., la reforma de 2009 adaptó la organización de la Corte y el

³⁸⁷ La identificación precisa de las diversas tesis seguidas por la doctrina para encontrar un significado plausible a dicha disposición desbordaría los alcances de la obra, por lo que remitimos sobre el punto a: SILVESTRI, Elisabetta, “Le novità in tema di giudizio di cassazione”, cit. pp. 420-423; DE CRISTOFORO, Marco en CONSOLO [Dir.], *Código di Procedura Civile ...*, ob. cit., pp. 258-265; BRIGUGLIO, Antonio, “Ecco il filtro!...”, cit., pp. 1286-1291.

procedimiento necesario para poner en funcionamiento dicha herramienta de descongestión.

Se creó así una nueva sección en el máximo tribunal, denominada por la ley “*apposita sezione*” y bautizada por la doctrina como “*sezione-filtro*”³⁸⁸.

A partir de dicha innovación, la totalidad de los recursos deducidos en Casación son examinados inicialmente por esta nueva sección, con la sola excepción de aquellos propios de la competencia las “secciones unidas”, es decir -como fuera anticipado (v. *supra*, ap. 2.1)]- los asuntos que versen sobre cuestiones de derecho de especial importancia o que hayan sido resueltas de modo inconsistente por las divisiones “simples” de la Corte. Corresponde al Presidente de la Corte dicha selección inicial (art. 374, CPC It.).

Recién cuando la “*apposita sezione*” no defina la suerte del recurso (es decir, no lo rechace aplicando el filtro), la causa vuelve a la Presidencia para seguir con el trámite correspondiente ante la “sección simple”.

En cuanto a su composición, el flamante órgano de inspección liminar se integra con magistrados de las restantes secciones (art. 67 bis de la ley de Organización del Poder Judicial), buscándose así cierta dosis de “pluralismo” entre las diversas divisiones del alto cuerpo ³⁸⁹. De este modo, el sistema que podríamos calificar de “concentrado”³⁹⁰, se aleja en buena medida del modelo francés, en el que un rol similar se asigna a una “formación restringida” (*formation restreinte o ‘a trois’*) de la misma sección

³⁸⁸ Se encuentran también expresiones de mayor dramatismo, como la “*sezione killer*” (DE CRISTOFORO, Marco, en CONSOLO [Dir.], *Código di Procedura Civile ...*, ob. cit., p. 242.

³⁸⁹ V. DE CRISTOFORO, Marco en CONSOLO [Dir.], *Código di Procedura Civile ...*, ob. cit., p. 246, destacando que el legislador quiso evitar por ese medio que sea el Presidente de la Corte el que nomine a los integrantes de esta sala especial, como se había sugerido en el debate parlamentario, buscando así una “dosis equilibrada entre las diversas secciones ordinarias”.

³⁹⁰ La organización de una estructura *unificada* dentro de la Corte Suprema italiana para revisar *ab initio* la “admisibilidad-procedencia” a la que nos venimos refiriendo, tiene un antecedente en dicho cuerpo, previo a la sanción de la ley n° 69/09.

En efecto, antes de la consagración legislativa del filtro, el Presidente de la Corte de Casación había en el año 2005 dispuesto la creación de una organización interna a la que se adjudicaba la tarea de examinar preliminarmente los recursos deducidos, para deshacerse de los que estaban en condiciones de ser rápidamente desestimados. Si bien varía la opinión de la doctrina acerca de la similitud de ambos institutos (v. arg. DE CRISTOFORO, Marco, en CONSOLO [Dir.], *Código di Procedura Civile ...*, ob. cit., p. 241, que habla de una formalización de la misma estructura en el plano normativo; en similar sentido, BRIGUGLIO, Antonio, “Ecco il filtro!...”, cit., p. 1291, refiriéndose a una “oficialización codificada de lo existente”; *contra*: SILVESTRI, Elisabetta, “Le novità ...”, cit. p. 426, que niega la posibilidad de considerar a la “sección-filtro” como un “clon” de la idea implementada en 2005), lo cierto es que puede razonablemente considerarse que dicho antecedente ha tenido un peso significativo a la hora de definir orgánicamente la estructura que aplica el “filtro”, sobre la base de un *diseño centralizado*.

que atenderá el fondo del asunto, de superarse dicha barrera inicial³⁹¹. Este último sistema (francés), parece tener, *prima facie*, una ventaja: evitar el tránsito de la causa por diversas salas, con la consecuente “duplicidad” en su estudio.

b) El *procedimiento* para la toma de decisiones dentro de la “sección filtro” se encuentra regulada en el art. 380 bis del CPC it., incorporado por la misma ley n° 69/09, pudiendo ser sintetizado del siguiente modo:

Una vez recibida la causa ante dicha sala, el Presidente de la misma³⁹² designa un “relator” entre sus integrantes, que presenta su opinión acerca de la posibilidad de resolver el caso en “*Camera di Consiglio*” (es decir, por trámite abreviado y mediante resolución interlocutoria, en las hipótesis del art. 375 del CPC, que son más amplias que las que autoriza el uso del “filtro”, v. *supra*, ap. 2.4.b]). A partir de allí, el Presidente fija una fecha para la deliberación del caso. Al menos veinte días antes de ese momento, las partes y el Ministerio Público deben ser notificadas tanto de la providencia respectiva, como del dictamen del relator. Cinco días antes del día señalado, las partes pueden presentar sendas “memorias” y el Procurador sus “conclusiones” por escrito, así como solicitar comparecer y ser escuchados.

La “Sección-filtro” puede resolver:

i) aplicar el “filtro” y por ende declarar inadmisibile el recurso por darse alguna de las causales previstas en el art. 360 bis del CPC It. (es decir, por entender que la cuestión fue juzgada por el *a quo* de conformidad con la jurisprudencia de la Casación o que resulta “manifiestamente infundada” la denuncia de infracción al debido proceso, v. *supra*, ap. 4.2);

ii) enviar la causa a la *Camera di Consiglio*, por entender que se dan algunas de las restantes situaciones por las cuales el recurso de casación puede ser resuelto de modo “abreviado” y por resolución interlocutoria (*rito camerale*), conforme lo dispuesto por el art. 375 del CPC It. (vg., otros casos de “manifiesta infundabilidad”, necesidad de

³⁹¹ V. SILVESTRE, Elisabetta, “Le novità in tema di giudizio di cassazione”, cit. p. 425; WEBER, Jean François, *La Cour de cassation*, La documentation française, Paris, 2006, pp. 37-39.

³⁹² El art. 380 bis del CPC It. no indica quién debe designar al magistrado que hará las veces de “relator” en cada causa, sin perjuicio de lo cual, se ha entendido que el Presidente de la “sección-filtro” es el encargado de dicha nominación (DE CRISTOFORO, Marco, en CONSOLO [Dir.], *Códice di Procedura Civile ...*, ob. cit., p. 242)

integrar adecuadamente la litis para preservar el contradictorio, extinción del recurso por desistimiento, v. *supra* ap. 2.4.b)]³⁹³.

iii) finalmente, si no se dieran ninguna de las hipótesis precedentes, remitir el expediente a la “sección simple” que corresponda, para que prosiga el trámite ordinario, con la fijación de la audiencia correspondiente (v. *supra*, ap. 2.4.c]).

4.4) *El régimen de ‘motivación simplificada’.*

Uno de los problemas recurrentes en el estudio de los mecanismos de selección como el que aquí se examina, es el relativo a la atenuación (y hasta supresión) del deber de fundar las decisiones relativas a las condiciones de admisión de los recursos deducidos ante sus estrados, especialmente cuando dichas resoluciones importan interpretar conceptos jurídicos de especial indeterminación, como los que –en general– dan lugar a la aplicación de tales filtros.

En el año 2011 la Corte de Casación implementó un dispositivo tendiente a la limitación de la motivación de la resolución de las causas que no coloquen al tribunal en ejercicio de su función nomofiláctica (Resolución del Presidente de la Corte de Casación, del 22 de marzo de 2011³⁹⁴).

En un sentido, la iniciativa es mucho más abarcativa que el filtro del art. 360 bis del CPC It, al que nos hemos referido previamente. En efecto, el ámbito de acción de este último, de acuerdo con lo explicado en los apartados anteriores, ha quedado ceñido a hipótesis específicas que no agotan el considerable elenco de casos en los que la Corte Suprema resuelve asuntos que no sirven al propósito fundamental de sentar criterios relevantes de interpretación para guiar el desarrollo del derecho italiano.

La insuficiencia del filtro en este campo, ha sido seguramente una de las razones que han llevado al cimero cuerpo a implementar un régimen más amplio de

³⁹³ Con serios motivos ha sido cuestionado este “desdoblamiento” que, luego de la reforma, subsiste entre la actuación de la “Sección-filtro” y el trámite abreviado ante la “*Camera di Consiglio*”. Así, se considera “paradojal” que el primero de los citados órganos no pueda –por ejemplo– resolver directamente temas de menor complejidad como la integración del contradictorio o la extinción de la instancia por desistimiento, y deba en tal caso remitir la causa a la *Cámara di Consiglio*. Se trata, afirma SILVESTRI, de una “inútil duplicación de actividad e inevitable lentificación del iter procesal, que constituyen el exacto opuesto de los objetivos ‘virtuosos’ que la selección del recurso persigue” (SILVESTRI, Elisabetta, “Le novità in tema di giudizio di cassazione”, cit. pp. 429-430).

³⁹⁴ El texto de la resolución así como los fundamentos de la iniciativa pueden ser consultados en sendos documentos publicados en el sitio web de la Corte de Casación: <http://www.cortedicassazione.it/DocumentiPrimoPres/DocumentiPrimoPresidente/DocumentiPrimoPresidente.asp>.

“motivación simplificada”, a través del cual es posible ceñir a lo estrictamente necesario la justificación de decisiones relativas a asuntos en los que predomine la tutela del *ius litigatoris* (vg., denuncia de errores de motivación en la sentencia atacada, aplicación de principios jurídicos sentados en precedentes de la corte que no se juzga necesario revertir, etc.).

El dispositivo aludido fue habilitado a través de una resolución del Presidente de la Corte de Casación, del 22 de marzo de 2011 que, en lo central, “invita a todas las secciones civiles del cuerpo, cuando son llamados a decidir recursos que no requieren el ejercicio de la función nomofiláctica o que plantean cuestiones jurídicas cuya solución comporta la aplicación de principios jurídicos ya afirmados por la Corte y aceptados por el colegio a redactar una sentencia (o resolución de contenido decisorio) ‘con motivación simplificada’ [*a motivazione semplificata*], de tipo extremadamente sintético con referimiento a los vicios de motivación, o con indicación de los precedentes concordantes en caso de preverse cuestiones jurídicas ya resueltas por la jurisprudencia de la Corte”.

La decisión así adoptada, de todos modos, “debe contener una explicación clara de la *ratio decidendi*, referida específicamente a los hechos del caso (no pudiéndose agotar, por ello, en la adopción de fórmulas de estilo aplicables a cualquier caso), aunque se exprese con la mayor síntesis posible y sin la argumentación exigida para motivar una decisión que configure el ejercicio de la función nomofiláctica”.

Los fundamentos de la iniciativa, naturalmente, se asocian con la excesiva carga de trabajo que se evidencia ante estos elevados estrados judiciales.

En tal sentido, la atenuación de la motivación que se propicia en la resolución referida, es vista como un camino para paliar los nocivos efectos que produce, en los tiempos del proceso, la sobreexposición de la Corte de Casación a la resolución de decenas de miles de expedientes por año. De este modo, como se señala en la exposición de motivos de la citada reglamentación, la exigencia de comprimir al máximo la justificación de cierto tipo de sentencias, deviene “imperativa” en este cuerpo jurisdiccional, “que en el sector civil, está gravada por un retraso de 97.653 recursos y por una carga de trabado casi al límite de lo sostenible”.

VI. FRANCIA

1) Introducción

El estudio de la casación francesa siempre resulta de máxima utilidad en los países que, directa o indirectamente, han recibido su influencia al diseñar el modelo de control final de legitimidad de las decisiones judiciales.

No es este el lugar de reiterar sus significativos orígenes históricos, que se remontan al *Counseil de Roi* de la época pre-revolucionaria, pasan por el *Tribunal de Cassation* (utilizado por la Revolución como mecanismo para controlar los desbordes del único estrato público del *Ancient Régime* que no había sido barrido por dicho movimiento: los jueces) y avanzan hacia la actual *Cour de Cassation*, integrante y máximo referente de la justicia civil y penal francesa. Tal interesante serie de antecedentes ubicados en la génesis del instituto, la huella que los mismos imprimieron en su diseño institucional y la evolución posterior que vivió durante los siglos XIX y XX (en 1990 festejó el bicentenario de su creación), son aspectos suficientemente conocidos y eficazmente desarrollados en los estudios más calificados en la materia³⁹⁵, por lo que resultaría impropio de nuestro cometido pretender una reedición de los mismos.

Resulta, en cambio, interesante verificar el modo en que se ha buscado en Francia afrontar la casi universal tendencia a la sobrecarga de los órganos ubicados en la cúspide del sistema jurisdiccional, con la consecuente desnaturalización de su función primaria.

A tales efectos, para preservar la autosuficiencia del discurso, aunque respetando los límites de la presente obra, revisaremos algunos elementos centrales de la fisonomía actual, tanto de la Corte de Casación, como del recurso que abre sus compuertas (el *‘pourvoi en cassation’*). A partir de allí, nos detendremos en las últimas reformas aprobadas a su respecto (años 1989, 2001, 2005 y 2008) que, siguiendo la tendencia mayoritaria en

³⁹⁵ Considéntase la remisión a FAYE, Ernest, *La cour de cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, París, 1903 [1° ed., reimpresión 1970: Verlag Detlev Auvermann KG, Glashütten im Taunus – Librerie Edouard Duchemin, París], pp. 1-16; MARTY, Gabriel, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Recueil Sirey, París, 1929, pp. 37-79; HALPÉRIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution: 1790-1799*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1987; BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, París, Dalloz, 4° edición, 2008, pp. 7-20; WEBER, Jean-François, *La Cour de cassation*, La Documentation française, París, 2006, pp. 13-20. El estudio de la historia de la casación francesa, como es sabido, ha traspasado las fronteras de su país de origen, siendo examinados dichos antecedentes en diversos países que recibieron su influencia, v. en tal sentido CALAMANDREI, Piero, *La casación civil ...*, ob. cit., t. I, vol. 2, pp. 11-207; MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, Colex, Madrid, 2001, pp. 29-39. En nuestro país, v. HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, ob. cit., pp. 28-37.

este campo, se orientan a preservar al alto cuerpo de la hiper-litigiosidad, buscando así concentrar sus esfuerzos en el ejercicio de su función más eminente: el contralor de la correcta interpretación de la ley y la búsqueda de la unidad del derecho nacional a través de la uniformación de la jurisprudencia.

En tal orden de consideraciones, puede adelantarse que el camino tradicionalmente seguido en Francia, *no se basa en la consagración de mecanismos discrecionales de selección propiamente dichos*. Sin embargo, modernamente se ha incorporado un filtro de admisión que le permite desembarazarse de recursos que no cuentan con motivos “serios”, lo que incrementó sensiblemente el poder que la Corte posee sobre su agenda. El régimen francés parece afincarse en la consagración de reformas estructurales y procedimentales para *agilizar la resolución de recursos de escasa complejidad* (vg., cuando los motivos del embate –como fuera adelantado- no fueran serios o hubieran sido resueltos por el tribunal en precedentes análogos; porque los agravios resultasen ajenos a la vía intentada, etc.) y, en otros, para *disuadir la interposición de embates dilatorios* (vg., agregando al efecto no suspensivo del embate, la exigencia de demostrar el cumplimiento de la sentencia como condición para continuar el trámite en casación). La lógica que subyace en este tipo de reformas, ya lo hemos visto, consiste en inferir que la simplificación en la resolución de cuestiones de menor complejidad y una deflación de la carga de trabajo (vg., por el efecto *deterrence* de determinadas modificaciones), permitirá a la Corte dedicar su calificada atención hacia el rol que institucionalmente le corresponde, sin tener que acudir a instrumentos más “drásticos” como el ‘certiorari’, el permiso para apelar o similares instrumentos de “selección” vigentes en el derecho comparado.

Para un mejor estudio del sistema galo, comenzaremos con un esbozo de la estructura y funcionamiento de la Corte de Casación, para luego apuntar las características fundamentales del medio de impugnación que pone en marcha dicha instancia jurisdiccional (el ‘*pourvoi en cassation*’). Estaremos así en condiciones de enfocarnos en nuestro cometido central: el examen del aludido “filtro” (o ‘*procédure de non admission*’) y de los criterios adoptados por el alto cuerpo francés para la determinación de la “seriedad” de los motivos que permiten a un caso traspasar dicho valladar.

2) La Corte de Casación en la actualidad.

2.1) Encuadre institucional

La *Cour de Cassation* constituye la más elevada instancia judicial en materia civil³⁹⁶ y penal de Francia. No ocurre así con otras relevantes materias de derecho público, ya que, al igual que en diversos sistemas comparados, este país ha escindido la competencia constitucional y la nomofilaxis de derecho administrativo, en dos cuerpos con pergaminos propios: el Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) y el Consejo de Estado (*Conseil d'État*), respectivamente. En tales materias, la Corte de Casación carece de atribuciones de revisión³⁹⁷.

Además de las disposiciones adjetivas que –como luego veremos– regulan la competencia recursiva de la Corte, la definición de su rol institucional como custodio de la adecuada y uniforme interpretación de la ley (y su consecuente alejamiento del perfil de tribunal de “tercera instancia”), está claramente consagrada en el Código de la Organización Judicial (*Code de l'organisation judiciaire* [COJ]):

“Existe, para toda la República, una Corte de Casación”. La misma “decide sobre los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de última instancia dictadas por la jurisdicción del poder judicial. *La Corte de casación no conoce el fondo de los asuntos*, salvo disposición legislativa contraria” (arts. L. 411-1 y 411-2, COJ [traducción y énfasis propios]).

2.2) Estructura y organización.

³⁹⁶ La justicia civil francesa está organizada sobre la base de tribunales de 1º instancia (*Tribunal de grande instance* –civil–; *Tribunal d'instance* –civil–; *Jurisdiction de proximité* –civil–; *Tribunal de commerce*; *Conseil de prud'homme* –laboral–; *Tribunal paritaire de baux ruraux* –derecho agrario–; *Tribunal des affaires de sécurité sociale*), órganos respecto de los cuales hay un mismo tipo de alzada (la *Cour d'appel*, organizada también en salas según la materia de que se trate, vg., *chambres 'commerciales' o 'sociales' des cours d'appel*).

³⁹⁷ V. CADIET, Loïc, “El sistema de la casación francesa”, en VVAA [ORTELLS RAMOS, Manuel: coord.], *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008, pp. 21-22.

Es de destacar que incluso, a diferencia de lo que ocurre en Italia (v. *supra*, par. V), la Corte de Casación carece de potestades de control sobre los “desbordes” de las respectivas jurisdicciones; es decir, que no le compete juzgar las “cuestiones de jurisdicción” entre los diversos estratos del sistema así ideado. En Francia, dicha competencia es atribuida a un órgano especial: el *Tribunal des conflits*, creado en 1847 para resolver los conflictos de atribuciones entre la justicia ordinaria y la jurisdicción administrativa, cuerpo compuesto por magistrados de la Corte de Casación y del Consejo de Estado (v. WEBER, Jean F., *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 18)

a) En cuanto a su composición actual, la Corte tiene en total 206 magistrados (178 jueces –*magistrats du siège*- y 26 integrantes del Ministerio Público –*magistrats du parquet*-)³⁹⁸, siendo su máxima autoridad el *Premier Président*.

A los efectos jurisdiccionales el alto cuerpo está dividido en seis salas (*chambres*), cinco en lo civil (cuyas competencias son determinadas por el Presidente de la Corte) y una en lo penal (art. L. 421-1, COJ)³⁹⁹. En la actualidad, las 3 primeras salas se encargan de la materia civil ‘*stricto sensu*’ (cada una con su especialidad⁴⁰⁰); la cuarta, de los temas de derecho comercial, económico y financiero⁴⁰¹; la quinta, del derecho social; y la sexta, exclusivamente del derecho penal. Las cinco primeras salas mencionadas son las protagonistas fundamentales de la casación “civil” francesa, interactuando respecto de la aplicación del derecho sustancial “no penal” e incluso intercambiando pareceres en asuntos en los que se advierte la presencia de más de una de las “especialidades”

³⁹⁸ El número de los jueces a cargo de la resolución de los casos concretos en la Corte de Casación es incluso más amplio, si se tiene en cuenta la posibilidad de mantener en actividad a los magistrados que alcanzaron la edad límite para permanecer en el cargo (65 años), aunque en la condición de *conseillers référendaires*. Si bien los integrantes de ese cuerpo de magistrados están dotados, en general, de funciones “consultivas” (y sólo “deliberativas” en los casos para los que son designados relatores), cuando adquieren dicha calidad por mayoría de edad, pueden ser convocados directamente a formar parte de la sala, con voto en todos los casos (art. L. 431-3, COJ). Esta ultra-actividad de la función de los jueces de casación, ha sido justificada en la necesidad de absorber el stock de causas pendientes de resolución, sin afectar el presupuesto, permitiendo así que aquéllas sean resueltas en un plazo razonable (v. WEBER, Jean-François, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 22, 48-49; CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, Dalloz, Paris, 2° ed., 2001, p. 12).

También debe tenerse en cuenta que a partir de 1992 es posible designar en la Corte de Casación jueces en “servicio extraordinario” (*conseillers en service extraordinaire*), que pueden ascender al 10% del total de magistrados del alto cuerpo (v. WEBER, id., p. 48; CHARTIER, id., p. 14).

³⁹⁹ La actividad de la Corte se reparte aproximadamente en un 70% sobre materia civil ‘*lato sensu*’ (civil, comercial, social) y un 30% sobre materia penal (cifras extraídas de la estadística oficial publicada para los años 2009 a 2011, COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2009*, La Documentation française, Paris, 2009, p. 475; id., *Rapport Annuel 2010*, La Documentation française, Paris, 2010, p. 493; *Rapport Annuel 2011*, 5° parte, en http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2011_4212/, último acceso: mayo 2012).

⁴⁰⁰ A grandes rasgos, los tres grupos de materias asignadas a cada una de las salas civiles son: sala 1° (nacionalidad, derecho de las personas, derecho de familia y sucesiones, derecho de las obligaciones y responsabilidad contractual, derecho internacional privado, arbitraje, regulación de las profesiones, derechos intelectuales); sala 2° (proceso civil, responsabilidad delictual, seguridad social, seguros, derecho electoral); sala 3° (derecho inmobiliario en general, arrendamientos, compraventa de inmuebles, urbanismo, expropiación y medio ambiente) [v. COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2010*, La documentation française, Paris, 2010, pp. 601-606; BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit., 4° ed., 2008, pp. 58-60; CADIET, Loïc, “El sistema de la casación francesa”, en VVAA *Los recursos ante los Tribunales Supremos ...*, ob. cit., p. 23; WEBER, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 36; CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 34-36]. La división aludida, de todos modos, no es absoluta (v. nota siguiente).

⁴⁰¹ La cuarta sala tiene a su cargo, además de las diversas manifestaciones del derecho mercantil (sociedades y contratos comerciales, propiedad industrial, etc.), el abordaje de los procesos colectivos (CHARTIER, Yves, ob. cit., p. 36; COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2010*, cit., p. 606).

aludidas (vg., combinación de tópicos de derecho comercial con temas de derecho procesal civil o de derecho laboral, etc.)⁴⁰².

Cada sala, a su vez, está dividida en secciones (*sections*) cuya cantidad varía (entre dos y cuatro) según la organización interna de aquélla.

b) Para tramitar y decidir las causas las salas adoptan *diversa composición de acuerdo a la entidad o mérito de la cuestión debatida*.

Así, la integración más habitual es de tres jueces (*formation à trois magistrats*), que tiene lugar tanto en las hipótesis de aplicación del “filtro” o trámite de “no-admisión” (v. *infra*, ap. 5]), como en otros supuestos de rechazo o acogimiento de recursos sobre el mérito, cuando se trata de cuestiones de menor complejidad. De acuerdo con lo normado por el Código de la Organización Judicial (art. L. 431-1), todos los recursos cuyo tratamiento corresponda a una de las Salas de la Corte, será examinado inicialmente por esta formación restringida (*a trois*).

Los tres magistrados pertenecen a la sala que posteriormente decidirá la controversia en caso de advertirse que, por la entidad de la cuestión debatida, corresponda acudir al procedimiento de debate amplio, con la respectiva convocatoria a audiencia. Como hemos advertido, esta sistemática utilizada para el abordaje de las cuestiones de menor complejidad (es decir: la asignación a una *formación reducida* de jueces de la *misma sala* que conocerá el caso si es remitido el trámite ordinario), presenta algunas ventajas respecto del criterio “concentrado” utilizado, por ejemplo, en Italia (*Camera di Consiglio*, v. *supra*, par. V, ap. 4.3]), ya que evita la duplicidad de análisis

⁴⁰² La señalada determinación de las “especialidades” que corresponden a las salas “civiles” es realizada por el Presidente de la Corte, ya que el Código de la Organización Judicial no distingue sino entre las salas “civiles” y la sala “penal” (art. L. 421-1). La subdivisión interna de las *chambres* civiles, por otra parte, no puede ser tajante, dada la obvia posibilidad de que un caso plantee tópicos de más de una de las materias que normalmente corresponden a cada una. Es por ello que se entiende que dicha separación de las cinco salas “civiles” *lato sensu*, no asigna competencias absolutas y exclusivas: la totalidad de las salas están autorizadas para aplicar el ordenamiento adjetivo y fondal “extra-penal”, lo que permite evitar disfuncionales cuestiones de competencia entre las mismas.

Sin embargo, cuando la sala que tiene a cargo un caso encuentra que una de las materias a juzgar corresponde normalmente al ámbito de otra sala, sin que –pese a ello– quepa remitirle el expediente en su totalidad en atención a la subsistencia de otros temas que le son ajenos, puede realizar una consulta oficial a la sala “especializada” para que emita un dictamen sobre el punto de derecho respectivo (art. 1015-1 del CPC francés). Del resultado de la consulta se da vista a las partes para que emitan las observaciones que correspondan. Finalmente, en el raro supuesto que la sala juzgadora y la requerida no coincidieran respecto de la interpretación de la norma comprometida, la cuestión es decidida mediante la convocatoria de una sala “mixta” compuesta por integrantes de las dos divisiones anteriores y de una tercera, ajena a la discrepancia suscitada (v. WEBER, Jean F., *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 36-37 y 40-41; CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 45-47).

cuando la causa supera la barrera de la “no complejidad” y es remitida a la audiencia para su abordaje con integración ampliada.

En cuanto a su incidencia cuantitativa, aproximadamente el 50% de los casos llevados ante la Corte son decididos con esta estructura acotada (como veremos más adelante –v. *infra*, ap. 5.2.f]- una parte importante de tal porcentaje pertenece a hipótesis de aplicación del “filtro de admisibilidad”).

c) Si, como fuera anticipado, el caso merece un debate más profundo en atención a la complejidad o novedad de las cuestiones que en el mismo se plantean, el trámite sigue su curso mediante la convocatoria a audiencia (*audience de la chambre*), acto central de debate que -por lo general- se lleva a cabo ante una de las *secciones* en las que se subdividen las salas (v. *supra*, ap. a)]. Cada ‘*section*’ cuenta con 9 a 13 judicantes (*counsellors*), aunque puede sesionar con un quórum de 5 de ellos. Con variantes entre las diversas salas, un promedio general del 20% de los asuntos tramitados ante la Corte termina siendo resuelto con esta integración⁴⁰³.

d) Para remediar los casos de conflicto entre la jurisprudencia emanada de las diversas salas, que no puedan ser prevenidos mediante las “consultas oficiales” que entre las mismas se pueden cursar en cada caso (v. *supra*, ap. a)], se prevé la convocatoria de las *salas mixtas* (art. L. 431-5, *Code de l'organisation judiciaire*). Las mismas son integradas por el Primer Presidente, los Presidentes de sala, los “decanos” (jueces más experimentados de cada *chambre*) y dos magistrados de las salas convocadas por el Primer Presidente para definir la cuestión⁴⁰⁴. El llamado procede por decisión del Presidente de la Corte o de la sala a cargo del asunto (en ambos casos: sin necesidad de motivación alguna) y es obligatorio cuando el reenvío de un asunto a esta formación especial es requerido por el Procurador General (art. L. 431.7, COJ).

Recuerda WEBER que en entre los años 1980 y 2005 tal composición mixta fue convocada en 90 oportunidades, prevaleciendo su utilización para dirimir inconsistencias en la interpretación de normas procesales, más que para dilucidar tópicos de derecho fondal⁴⁰⁵. En tal orden de consideraciones, se ha advertido la

⁴⁰³ WEBER, Jean F., *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 40.

⁴⁰⁴ El número de salas convocadas a dirimir el conflicto de interpretación depende de la cantidad de salas que, a su turno, forman parte de la “contienda”, por lo que el número final de integrantes de las ‘*chambres mixtes*’ varía en cada llamado (v. WEBER, Jean F., *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 41).

⁴⁰⁵ WEBER, Jean F., *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 41.

preferencia que, en la práctica, tiene la Corte de llamar a la más amplia formación de la “asamblea plenaria” (v. *infra*, ap. e) en vez de a la integración “mixta” que venimos explicando, frente a contiendas de este tenor⁴⁰⁶.

Una vez que el tema ha sido definido mediante este mecanismo, la solución se impone a las salas en las que se originó el antagonismo hermenéutico, aunque la autoridad de la jurisprudencia así adoptada trasciende a las mismas, siendo su valor de convicción equiparable al de las “asambleas plenarias”, que veremos a continuación⁴⁰⁷.

e) La formación más solemne de la *Cour de Cassation* tiene lugar con el llamado a las *asambleas plenarias* (*assemblées plénières*), que procede en las hipótesis en las que se presente una “cuestión de principio”, especialmente si existen criterios divergentes sea entre los jueces de fondo, sea entre éstos y la Corte de Casación; o cuando con posterioridad a la anulación de una sentencia, la decisión adoptada en el juicio de reenvío es atacada por los mismos motivos (art. L. 431-6, COJ)⁴⁰⁸.

La convocatoria tiene lugar por decisión de las mismas autoridades que –como ha sido señalado– tienen la potestad de llamar a las “salas mixtas”, esto es: el *Premier Président* o la sala a la que fuera asignado el caso, siendo vinculante el pedido del Procurador en tal sentido (conf. art. L. 431-7, COJ).

Las asambleas plenarias son el sucedáneo de las ‘*chambres réunies*’, instituto diseñado en la etapa fundacional de la Corte de Casación (ley 27 ventoso, año VII), por el que se congregaba a la totalidad de sus magistrados en caso de desconocimiento, por parte del juez de reenvío, del criterio adoptado al anular el primer decisorio. En la actualidad, las *assemblées plénières* no se integran con todos los magistrados del tribunal, sino con el Primer Presidente, los seis Presidentes de las salas que componen el tribunal, los seis “ministros decanos” (*doyens*) de cada sala y un magistrado por cada una de ellas; es decir: 19 de los funcionarios más calificados de la Corte.

Cuando esta composición ampliada se origina en el apartamiento, por parte del juez de reenvío, del criterio sentado inicialmente por el máximo tribunal, puede ocurrir:

⁴⁰⁶ CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 44.

⁴⁰⁷ WEBER, Jean F., *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 41.

⁴⁰⁸ En materia *penal*, un caso de convocatoria obligatoria al “plenario” de la Corte, es el que se presenta cuando Francia resulta condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos. Si el tratamiento del recurso a partir del criterio sentado por el tribunal con sede en Estrasburgo puede remediar la violación supranacional allí constatada, la Corte de Casación procede a resolver el caso a través de la *assemblée plénière* (v. WEBER, Jean F., *La Cour de Cassation*, pp. 42-43).

i) que la sentencia de aquél sea nuevamente rescindida, ahora por la asamblea plenaria de la Corte, hipótesis en la que el criterio ratificado es vinculante para el juez al que se remite finalmente la causa; o ii) que la asamblea plenaria rechace el segundo recurso de casación, validando así la “rebelión” de la magistratura ordinaria, mecanismo que en ocasiones se ha mostrado idóneo para inspirar la paulatina evolución de la jurisprudencia del cimero cuerpo jurisdiccional⁴⁰⁹.

La segunda variante por la que procede la convocatoria a la *assemblée plénière*, se origina en la existencia de una “cuestión de principio” involucrada, sobre la que exista jurisprudencia contradictoria de los jueces de grado, o entre éstos y la Corte de Casación. A diferencia del supuesto aludido en el párrafo anterior, en el que la determinación del presupuesto para la convocatoria al plenario se limita a verificar si el juez de reenvío se apartó o no del parecer sostenido por la Corte en el mismo asunto, en el caso ahora examinado la valoración necesaria a tales efectos es algo más compleja: debe verificarse la existencia de pronunciamientos contradictorios en las instancias de grado, sobre la temática que se aborda en el caso concreto. Es aquí donde la estimación formulada por el *Premier Président*, por la sala a la que fue asignado el expediente o por el Procurador General, cobra mayor relevancia.

2.3) Los ‘*avocats aux Conseils*’ y la oficina de asistencia legal (*bureau d’aide juridictionnelle*)

Resulta interesante precisar una particularidad del sistema de la casación francesa, relativa a la organización de la profesión forense habilitada a intervenir en esta sede.

Tradicionalmente existe en Francia la orden de los ‘*avocats aux Conseils*’ (o ‘*avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation*’), que desde 1817 constituye un cuerpo de profesionales especializados en la actuación ante la Corte de Casación y ante el Consejo de Estado, que conforman legalmente un reducido *numerus clausus*: sólo hay en la actualidad 91 cargos disponibles para llevar adelante este oficio.

⁴⁰⁹ Cabe advertir que, si bien son pocos los casos de desconocimiento, por parte del juez de reenvío, de la postura adoptada en el primer pronunciamiento rescisorio de la Corte, no son insignificantes las cifras de revisión de la jurisprudencia que se produce cuando tal apartamiento tiene lugar. Estadísticamente, entre 1980 y 2005, la convocatoria a *assemblées plénières* por este motivo tuvo lugar en 156 oportunidades (un promedio aproximado de 6 veces al año), siendo finalmente desestimado el recurso de casación en 57 casos (v. WEBER, Jean F., *La cour de cassation*, ob. cit. p. 42), lo que indica un 36,5% de modificación de la jurisprudencia a partir de la aceptación del criterio “revisionista” de los jueces de grado.

Los ‘*avocats aux Conseils*’ cuentan con el monopolio de representación ante la Corte de Casación, salvo exclusión expresa del legislador (art. 973, CPC Francia)⁴¹⁰, excepciones que a partir de 2005 (fecha de vigencia del decreto del 20 de agosto de 2004) se han limitado al extremo en materia civil, en la que la actuación de dichos letrados especializados se ha generalizado, incluyéndose también a los asuntos de índole laboral⁴¹¹.

La limitación ha sido justificada en razones de gestión del servicio de justicia, en las particularidades del procedimiento que tiene lugar ante la Casación y, especialmente, en la técnica requerida para su ejercicio⁴¹². Dichas cualidades explican el agravamiento, en esta instancia, de las exigencias que -en general- motivan la reglamentación de la profesión forense para actuar ante los jueces de grado. Argumentos que, cabe destacarlo, han sido rescatados por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos al validar el sistema examinado⁴¹³.

Las presentaciones de estos profesionales, en efecto, son frecuentemente valoradas por el rigor de su método y la ausencia de desarrollos estériles⁴¹⁴. Es claro entonces que a través de la preservación de dicha tradicional corporación, se intenta prevenir un problema frecuente en diversas latitudes, como es la imperfección de la

⁴¹⁰ La ubicación institucional de la “Orden de los Abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación”, coloca además a sus integrantes en una posición calificada para asesorar “preventivamente” a las partes respecto del mérito de un caso determinado como para eventualmente transitar esta instancia de modo exitoso. Se ha estimado que en un 30% de los asuntos dichos profesionales “desaconsejan” la articulación del recurso respectivo (WEBER, *La Cour de cassation*, ob. cit. p. 56).

⁴¹¹ Expresan JOBARD-BACHELLIER y BACHELLIER que después de la extensión por el decreto 2004-836 del 20 de agosto de 2004 del monopolio de los ‘*avocats à la Cour de cassation*’ especialmente en materia laboral, sólo cuestiones marginales de la casación civil (*lato sensu*) quedan dispensadas de su ministerio (v. JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle– BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, Paris, 6° ed., 2006, p. 7, nota 3).

⁴¹² V. CANIVET, Guy, “L’égalité d’access à la Cour de cassation”, en COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2003*, La documentation française, Paris, 2003, pp. 34-48 (esp. p. 38 y 40).

⁴¹³ La Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido la validez de dicho monopolio de los ‘*avocats aux Conseils*’, con sustento en reiterada jurisprudencia anterior por la que se consintiera el establecimiento, por parte de los Estados miembros, de reglas específicas para el acceso a las cortes supremas (se citan en tal sentido los casos *Levages Prestations Services v. France*, del 23 de octubre de 1996, *Reports* 1996-V, pp. 1544-45, §§ 45-48; *K.D.B. v. the Netherlands*, del 27 de marzo de 1998, *Reports* 1998-II, p. 630, § 38; *Brualla Gómez de la Torre v. Spain*, del 19 de diciembre de 1997, *Reports* 1997-VIII, p. 2956, § 37; también se tiene en consideración la jurisprudencia de la Corte de Justicia de Luxemburgo que valida tal proceder interpretando directiva 98/5/CE del 16 de febrero de 1998). Sobre la base de tales precedentes y luego de analizar los antecedentes históricos de la institución cuestionada, la “Gran Sala” de la Corte de Estrasburgo, en el caso “Meftah” consideró que las particularidades de los procedimientos que tienen lugar ante dichos estrados, así como la cualidad técnica que caracteriza al debate, impiden calificar como irrazonable una solución como la adoptada en Francia -es decir: el *numerus clausus* profesional-, incluso tratándose de un proceso penal, como sucedía en la especie (CEDH, *Meftah and others v. France*, sent. del 26 de julio de 2002).

⁴¹⁴ WEBER, ob. cit. p. 56.

técnica aplicada en la actuación ante los superiores tribunales, que terminan insumiendo notables esfuerzos sólo para procesar (o “decodificar”) impugnaciones deficitariamente articuladas. Como ha sido adelantado, dicho déficit se muestra como un derroche ciertamente improductivo de calificados recursos del sistema de justicia.

No es ocioso destacar que, en términos comparativos, un eventual impulso en nuestro medio de un sistema “cerrado” como el que tradicionalmente rige en Francia, conlleva la necesidad de articular mecanismos adecuados para que, no sólo quede satisfecha la finalidad pública que se tiende a preservar con la mejora de la técnica impugnativa, sino que –en paralelo- quede garantizado el acceso de la ciudadanía a dicha instancia revisora.

Como es por demás sabido, los estudios de derecho comparado no sirven para asesorar en la importación de soluciones mágicas que, en -otros países- son el producto de serias y cimentadas tradiciones. De todos modos, la experiencia gala puede servir en este punto como indicador para demostrar la necesidad de modificar el régimen de ejercicio profesional ante las supremas cortes. Si bien no necesariamente acudiendo al *numerus clausus*, al menos procurando una oferta cuantitativa y, en particular, *cualitativamente* adecuada para cubrir ambas aspiraciones: el perfeccionamiento de la técnica propia de la instancia extraordinaria para mejorar el servicio de justicia, por un lado, y la salvaguarda de un acceso razonable a la casación, por el otro.

Para cerrar este apartado, cabe destacar que las dificultades que presenta un sistema “cerrado” y “exclusivo” de profesionales partícipes de esta instancia, también han sido avizoradas en Francia como un posible obstáculo para quienes carecen de los medios económicos suficientes para costear un asesoramiento de tales características. Para salir al cruce de dicho inconveniente, en 1991 (Ley 91-647, del 10 de julio de 1991 y decreto del 19 de diciembre del mismo año) se creó un “comité de ayuda jurisdiccional” destinado a asesorar a los recurrentes de escasos recursos desde la fase preliminar del trámite en casación⁴¹⁵.

El ‘*Bureau d’aide juridictionnelle*’ está compuesto por un magistrado de la Corte de Casación, dos miembros elegidos por el Presidente del alto cuerpo, dos integrantes de la

⁴¹⁵ V. COUR DE CASSATION, “L’accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes: le contentieux de l’aide juridictionnelle porté devant la Cour de cassation (1980-2009)”, en *Raport Anuelle 2009*, ob. cit., pp. 149-164. V. asimismo, BORÉ – BORÉ, *La cassation ...*, ob. cit., pp. 52-55.

Orden de abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación (*avocats aux Conseils*), un representante del ministerio responsable del presupuesto y otro del ministerio a cargo de la asistencia social.

Por la calidad de sus integrantes, el cuerpo aludido está en condiciones de aconsejar a la parte que requiere su intervención, respecto de las posibilidades de éxito del embate. De todos modos, para que sea aceptada dicha “ayuda jurisdiccional”, la parte debe demostrar la insuficiencia de sus medios económicos (aspecto sobre el cual están reglamentadas pautas de ingresos por persona o por grupo familiar) y, además, que el caso presente algún “motivo serio para su revisión en casación”⁴¹⁶.

Este último estándar, similar al que –como luego veremos– permite declarar improcedente un recurso de casación en la fase inicial del trámite (v. *infra*, ap. 5.b)), prácticamente transforma a este *bureau* en otro “filtro” de ingreso, basado en la idoneidad del caso para transitar por la última instancia francesa⁴¹⁷. Sistema que también ha sido validado por la Corte Europea de Derechos Humanos, por entender que no vulnera el art. 6 del Tratado de Roma⁴¹⁸.

⁴¹⁶ El rechazo de la “ayuda jurisdiccional” puede ser recurrida ante el *Premier Président* de la Corte de Casación, que tendrá la última palabra en la materia.

⁴¹⁷ En tal sentido, v. CADIET, Loïc – NORMAND, Jacques – AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, ob. cit., p. 951-952, calificando a esta valoración del *Bureau* como un “filtro indirecto”.

Por otra parte, confirma este aserto una circunstancia también puesta de relieve por algunos de los autores que se han abocado a la temática del “filtro” en casación, instituto en el que luego nos detendremos. En efecto, se ha señalado que, en la práctica, aun en ausencia de toda referencia del ordenamiento al respecto, los casos que pasaron por el *Bureau d'aide juridictionnelle* habiendo sido aceptada la asistencia requerida, superan en líneas generales el filtro de admisión, dado que se entiende que dicho comité ya ha evaluado la seriedad de los motivos de casación (v. BLONDEL, Philippe, “Le critère de la non-admission: quelle rationalité?”, en VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI – CADIET], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, ob. cit., p. 96; CANIVET, Guy, “La procédure d'admission des pourvois en cassation - Bilan d'un semestre d'application de l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire”, en *Recueil Le Dalloz*, 2002, pp. 2195-2199, esp. p. 2197; AMRANI-MEKKI, Soraya, “La sélection des pourvois à la Cour de Cassation”, en VVAA [Dir.: José BONET NAVARRO; Coord.: José M. PASTOR], *El recurso de Casación Civil*, Aranzadi, 2010, §10, pp. 629-654, esp. p. 636).

⁴¹⁸ CEDH, tercera sección, *Gnaboré v. France*, sent. del 19 de septiembre de 2000. En el caso, el denunciante había requerido la intervención del ‘*bureau d'aide juridictionnelle*’, petición que fue desestimada (primero por dicho cuerpo, luego por el Presidente de la Corte), por ausencia de motivos serios para llevar el asunto a la casación (se argumentó en tal sentido que el requirente buscaba revisar el juicio de hecho, materia sabidamente ajena a esta vía de embate).

Como fuera anticipado, la Corte validó el criterio adoptado por la norma, estimando que se trata de un parámetro objetivo y razonable a la luz de la necesidad de limitar los sistemas de asistencia legal a un número de casos que permita a la organización satisfacer su propósito. Sostuvo en tal sentido: “En lo relativo al fundamento por el cual el *bureau d'aide juridictionnelle* y el Presidente de la Corte de Casación rechazó la petición del denunciante –es decir, la ausencia de motivos suficientes para recurrir– es un fundamento expresamente determinado por la ley n° 91-647 del 10 de julio de 1991 y fue indudablemente inspirado por la legítima preocupación que el dinero público sólo sea usado para la asistencia legal de recurrente ante la Corte de Casación cuyas apelaciones tengan una razonable probabilidad de éxito. Como la Comisión Europea de Derechos Humanos ha dicho, es obvio que un sistema de asistencia legal sólo puede operar si la estructura está en condiciones de poner en funcionamiento una selección de aquellos casos que califiquen para ello ...”.

2.4) Datos estadísticos.

Para cerrar este resumen del perfil de la *Cour de Cassation*, cabe precisar algunos indicadores relativos a su carga de trabajo, acudiendo a los datos oficiales publicados por aquel cuerpo⁴¹⁹:

Corte de Casación (Francia) – competencia civil				
Año	Stock (al 31diciembre)	Causas Ingresadas	Causas resueltas	Duración (en días)
2000	33.556	21.294	20.787	592
2001	35.085	22.869	21.673	588
2002	33.595	22.324	23.482	586
2003	31.636	21.638	23.474	568
2004	29.808	21.965	23.539	543
2005	23.661	18.830	24.776	513
2006	20.250	19.034	22.461	469
2007	18.334	18.232	24.776	400
2008	18.890	18.932	22.461	366
2009	19.286	19.617	20.402	382
2010	20.575	20.306	19.832	378

Fuente: Cour de cassation, *Rapport annuel 2009 y 2010*, ob. cit. (v. nota al pie anterior)

También se tuvo en cuenta la calidad de la integración del ‘*bureau*’ como elemento que previene la arbitrariedad en la toma de decisiones: “Por otra parte, el sistema establecido por la legislatura francesa ofrece a los individuos garantías sustanciales para protegerlos contra arbitrariedades. La Oficina de Asistencia Legal de la Corte de Casación es presidida por un juez de la Corte e incluye además a su ‘*senior registrar*’, dos miembros elegidos por la Corte de Casación, dos funcionarios públicos, dos miembros del colegio de abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación, y uno nombrado por los usuarios. Más aun, una apeación es posible ante el Presidente de la Corte de Casación ...” (CEDH, *Gnaboré*, caso cit., par. 41 [traducción propia]).

El criterio fue reiterado con posterioridad, en el caso “*Essaadi*”, en el que se articuló una pretensión similar ante el tribunal de Estrasburgo, con sustento en el mismo motivo que había dado lugar al caso “*Gnaboré*”, es decir, el rechazo de la intervención del “comité de ayuda jurisdiccional” ante la casación, por falta de motivos serios que habiliten esta vía de impugnación (CEDH, tercera sección, *Essaadi c. France*, sent. del 26 de febrero de 2002).

⁴¹⁹ V. COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2009*, ob. cit., pp. 475-487; id., *Rapport Annuel 2009*, ob. cit., pp. 491-496; v. asimismo la sección de estadística del sitio web de la Corte: <http://www.courdecassation.fr> (“L’activité de la Cour en chiffres” [ingreso: mayo 2012]).

Las cifras son por demás indicativas de la sobrecarga de tareas del alto cuerpo examinado, que dicta más de 20.000 sentencias al año sólo en materia civil⁴²⁰, teniendo para el año 2010 un remanente de similar entidad (19.286) con un ingreso también equiparable (19.617). De todos modos, puede advertirse una *evolución favorable* en lo relativo al *stock de causas* en el período contemplado, ya que el significativo cúmulo que existía en el año 2000 (33.556 expedientes), se redujo en un 42,6% en el último decenio (19.826 causas en el año 2009). Asimismo, otro indicador positivo puede verificarse con la *reducción de la duración del trámite en esta instancia*, ya que de los 592 días promedio del año 2000, se pasó en 2010 a 378 días (esto es, poco más de un año).

Habiendo tomado la última década como referencia estadística, es posible relacionar tales indicadores con las reformas que analizaremos más adelante (especialmente, la modificación del artículo L.131-6 del Código de la organización Judicial en el año 2001), a través de las cuales se procuró precisamente dar mayor agilidad a la resolución de las controversias en esta sede.

3) El recurso de casación en Francia (nociones generales)

El *pourvoi en cassation* es el principal recurso extraordinario regulado en el *Code de procédure civile* francés, categoría aquélla compartida, de acuerdo con la sistemática del ordenamiento adjetivo, con otras dos vías de impugnación: la *tierce opposition* (cuestionamiento de la sentencia definitiva por un tercero interesado que no fue parte en la litis) y el *recours en révision* (destinado a dejar sin efecto una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, frente a la demostración de fraude de una parte contra la otra, la recuperación de piezas decisivas retenidas por uno de los litigantes, la declaración de falsedad sobreviniente de elementos tenidos en cuenta para resolver – vg., documentos, testimonios, etc.-).

⁴²⁰ La materia penal, que proporcionalmente importa alrededor del 30% de la actividad de la Corte, muestra las siguientes cifras para los años 2007 a 2009:

Corte de Casación (Francia) – competencia penal				
Año	Stock (al 31 diciembre)	Causas Ingresadas	Causas resueltas	Duración (en días)
2007	2.445	7.963	8.468	138
2008	2.654	8.348	8.149	119
2009	2.879	8.408	8.192	129
2010	2.862	8.029	8.083	132

Fuente: COUR DE CASSATION, *Rapport annuel 2010*, ob. cit.

A través del recurso de casación, se despliega el rol fundamental de la corte homónima, que –como es sabido– se centra en el control de la adecuada interpretación normativa y en la búsqueda de la “unidad del derecho nacional” a través de la uniformación de la jurisprudencia de los tribunales de grado. El objetivo central de este medio de impugnación queda claro desde el inicio del capítulo que le dedica el ordenamiento adjetivo: “El recurso de casación tiende a obtener la censura, por la Corte de Casación, de la disconformidad de la sentencia atacada con las reglas de derecho” (art. 604 CPC Fr.⁴²¹).

Examinaremos sintéticamente a continuación los rasgos centrales del instituto, para después ingresar en algunas de las más recientes reformas en esta materia.

3.1) Resolución recurrible y causales del recurso de casación

a) Tal como lo expresa el art. 605 del CPC, el recurso de casación sólo procede contra las *sentencias definitivas de última instancia*, así como contra las decisiones que, al resolver una excepción o un incidente, ponen fin al proceso (art. 607, CPC Fr.). Los restantes pronunciamientos de última instancia sólo pueden ser impugnados, con independencia de la sentencia de mérito, en los casos previstos por la ley (art. 608, ord. cit.).

Las reglas aludidas han sido materia de un extenso laboreo doctrinario y jurisprudencial, que, al igual que sucede en otros ordenamientos, ha dado lugar en Francia a una construcción asimilable a la que, en nuestro medio, motiva la elucidación del concepto de “sentencia definitiva” en el ámbito de los recursos extraordinarios⁴²².

Para precisar el recaudo de marras, enseñan los BORÉ⁴²³ que la admisibilidad del recurso de casación demanda, respecto del pronunciamiento atacado, que se trate de: i) una *decisión* (no un dictamen, ni actos de ejecución de un juzgamiento anterior); ii) de carácter *jurisdiccional* (no de un acto de naturaleza administrativa emanado del poder judicial); iii) proveniente de una jurisdicción *francesa* del ámbito *judicial* (no de una

⁴²¹ La alusión que en este capítulo se hace al CPC francés (o “CPC Fr.”) deben entenderse referida al llamado “*Nouveau Code de Procédure Civile*”, denominación que en las fuentes francesas se utiliza para el texto en vigor desde 1976, distinguiéndoselo así del antiguo código de origen napoleónico, algunas de cuyas disposiciones se encuentran aún en vigor.

⁴²² V. un análisis pormenorizado de las decisiones susceptibles del recurso de casación en Francia, en BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit., pp. 87-157.

⁴²³ BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *ibid.* nota anterior.

autoridad administrativa, como el Consejo de la Magistratura, las comisiones paritarias laborales, etc.⁴²⁴, ni del Consejo de Estado, máxima instancia de la jurisdicción administrativa); iv) que sea *definitiva* poniendo fin total o parcialmente a la pretensión principal (no quedan incluidas las decisiones provisorias, ni las preparatorias); v) que sea *de última instancia* (es decir, que no sea susceptible de recursos previos, como típicamente ocurre con la apelación⁴²⁵); v) que no haya devenido irrevocable por la extinción del plazo para atacarla o el consentimiento del interesado (aspecto este último que –como es sabido– en general viene analizado como un recaudo de admisibilidad autónomo y no dentro del que aquí se examina).

b) Respecto de los *motivos* que habilitan el recurso de casación, el legislador ha sido enfático a la hora de confinar este medio de impugnación exclusivamente al análisis de cuestiones de derecho.

En tal orden de consideraciones, ya ha sido anticipado que el Código de la Organización Judicial, al definir inicialmente el rol del máximo tribunal francés, se encargó de precisar que dicho cuerpo “no conoce el fondo de los asuntos” (art. 411-2, COJ). Es tradicional, en tal sentido, la fórmula según la cual el objeto del juicio en casación no es la controversia, sino la sentencia atacada⁴²⁶, por lo que las partes se deben limitar a cuestionar o defender el fallo definitivo de los jueces de grado, que tienen potestades “soberanas”⁴²⁷ en lo relativo a la apreciación de los elementos

⁴²⁴ Como es sabido y ha sido en parte anticipado, la impugnación de los actos emanados de las autoridades administrativas son enjuiciables ante la jurisdicción especial cuya cabeza está constituida en Francia por el Consejo de Estado.

⁴²⁵ El recurso de casación puede incoarse contra sentencias de primera instancia, en la medida en que las mismas sean inapelables, hipótesis en la cual corresponde al recurrente acreditar las circunstancias por las que el juzgamiento en cuestión no puede ser revisada en una segunda instancia ordinaria (BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation ...*, ob. cit., pp. 131-132).

⁴²⁶ JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, ob. cit., pp. 6 y 7.

⁴²⁷ La Corte de Casación francesa utiliza reiteradamente la fórmula de los poderes “soberanos” de los órganos jurisdiccionales de grado para definir todos aquellos aspectos de la decisión que quedan exentos de su control nomofiláctico (típicamente: la determinación de los hechos controvertidos, valoración de la prueba, etc.) [v. JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., pp. 93-99; BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit., pp. 267-284.

La terminología coincide con la utilizada en nuestro medio por los tribunales superiores para calificar a determinadas materias que quedan exentas del control en casación (vg., SCBA, C. 89.895, “Sociedad Anónima Organización Coordinadora Argentina”, sent. del 11-XI-2009; C. 101.253, “Caiyer”, sent. del 16-XII-2009; C. 99.982, “Cerrato”, sent. del 4-III-2009; C. 94.421, “Millara de Balbis”, sent. del 6-X-2010, etc.; CSN, “Fallos” 302:1611, “Ohiler” [1980]; 310:1698, “Diez” [1987]; 331:636, “Tejerina” [2008] –disidencia de los Dres. ZAFFARONI y FAYT-).

aportados en la causa y la determinación del modo en que acaecieron los hechos controvertidos.

A dicha previsión se agrega el art. 604 del CPC francés, que se encarga igualmente de ceñir los alcances de embate al control de legitimidad de la decisión, mediante la fórmula general oportunamente recordada: “el recurso de casación tiende a obtener la censura de la *disconformidad de la sentencia atacada con las reglas de derecho*”⁴²⁸.

Otro aspecto general relativo a los motivos que pueden ser articulados por este medio de embate, es el de los alcances de la prohibición del *ius novorum*. Al igual que en otras latitudes, impera en el sistema francés la interdicción de todo elemento de juicio novedoso, incluyendo la articulación de hechos nuevos, el aporte de prueba o la exposición de argumentos no planteados ante las instancias de grado. Sin embargo, respecto de la última categoría, existen dos salvedades expresamente previstas por el legislador (art. 619, CPC Fr.). La primera es obvia, ya que se refiere a los argumentos sobrevinientes, que nacen de la sentencia misma. Más importante aparece la segunda excepción, que autoriza al recurrente a plantear en casación temas *de puro derecho*, por más que se muestren como el fruto de una reflexión no exteriorizada con anterioridad⁴²⁹. Ello, en la medida en que –por un lado- la cuestión así propuesta pueda ser abordada por la Corte sin tener que apreciar nuevamente los hechos (“*mélange de fait et de droit*”) y que –por el otro- el argumento sobreviniente no contradiga la posición sostenida ante los jueces inferiores⁴³⁰.

⁴²⁸ Es de destacar que dicha regla de exclusión presente en el ámbito de la casación civil, no es tan intensa en el campo contencioso-administrativo, función esta última que, después de la ley 31 de diciembre de 1987 (que creó las Cámaras de Apelación del fuero) quedó a cargo del Consejo de Estado francés. A diferencia de la regla imperante en materia civil, se admite ante el *Conseil d'État* la revisión del juicio de hecho, en la medida en que la denuncia se apoye en constancias aportadas al expediente (v. CADIET, Loïc – NORMAND, Jacques – AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, Presses Universitaires de France, 2010, § 285, p. 946)

⁴²⁹ Adviértase la diferencia de esta sistematización, con la doctrina imperante, por ejemplo, en el ámbito de la casación de la Provincia de Buenos Aires, en la que la Suprema Corte ha señalado reiteradamente, con carácter general, que: “Los argumentos incorporados en la instancia extraordinaria que no fueron debidamente articulados en oportunidad de contestar la demanda, son fruto de una reflexión tardía y resultan –por tanto- ineficaces para habilitar la vía intentada” (v. Ac. 88.256, “Riera”, sent. del 3-X-2007; C. 91.581, “Cooperativa Eléctrica General Balcarce”, sent. del 27-II-2008 v. asimismo, Ac. 88.395, “Y., J.”, sent. del 13-XII-2006, etc.).

⁴³⁰ V. JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., p. 6, considerando a la última limitación expresada en el texto como una manifestación de la doctrina de los “propios actos” (“*interdiction de se contredire au détriment d'autrui*”). Analizando con detenimiento la regla general de prohibición de invocar motivos novedosos (*moyens nouveaux*) en casación y las excepciones a dicho postulado, v. BORÉ – BORÉ, *La Cassation ...*, ob. cit., pp. 484-512.

c) Concretadas estas indicaciones generales sobre los motivos que dan lugar al embate analizado, corresponde que nos adentremos en la definición de los mismos, es decir, la determinación de las causales por las que puede ser llevado un caso ante la Corte de Casación.

El legislador ha preferido, como vimos, una definición genérica de los mismos (“no conformidad con la ley”), evitando –a nuestro juicio, con buena técnica- todo intento de encasillar las diferentes variantes de infracción normativa que puede cometer una sentencia (vg., “violación”, “errónea aplicación”, “falsa interpretación”, etc.). Por lo que, en definitiva, el debate sobre las hipótesis en las que procede este recurso en Francia se ciñe a definir, en los términos del art. 604 del CPC, qué es “ley” y qué significa “no conformarse” a la misma⁴³¹.

En cuanto al primer aspecto, tal como sucede en diversos sistemas comparados, se ha entendido que la expresión “ley” comprende no sólo a la misma en su sentido formal (esto es el dispositivo general y abstracto emanado del Poder Legislativo), sino cualquier norma que materialmente cubra dicha función, con independencia de la autoridad de la que emana⁴³². Se entienden así comprendidos en tal categoría: las ordenanzas, los reglamentos (no los actos administrativos individuales), los tratados internacionales, las costumbres (no los “usos”⁴³³), los principios generales del derecho, los convenios colectivos de trabajo. En contrapartida, quedan fuera de las potestades de revisión de la Corte las cuestiones de hecho y prueba⁴³⁴, la interpretación de los contratos en general (por más que ellos sean “la ley para las partes”, según la clásica

⁴³¹ De todos modos, destacada doctrina ha mantenido la distinción entre las principales formas de infracción normativa: omisión de aplicación (*refus d'application*), falsa interpretación (*fausse interprétation*), falsa aplicación (*fausse application*) [v. BORÉ – BORÉ, *La Cassation ...*, ob. cit., pp. 365-366].

⁴³² BORÉ – BORÉ, ob. cit., pp. 254-257 y 264.

⁴³³ Sobre la distinción de “usos” y “costumbres” en Francia a los efectos de su revisión en casación (rechazada en el primer caso y admitida en el segundo), v. BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La Cassation ...* pp. 271-273.

⁴³⁴ Sobre la distinción entre cuestiones “de hecho” y “de derecho” en la casación francesa, v. la clásica obra de MARTY, Gabriel, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Recueil Sirey, Paris, 1929, *passim*; BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation ...*, ob. cit., pp. 247-356; CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 63-66 [señalando que la verdadera dificultad de la distinción no se presenta frente a las clásicas cuestiones de hecho en sí mismos considerados -ya que tales tópicos han quedado tradicionalmente marginados de la casación-, sino en ciertas hipótesis en las que la calificación legal de los hechos probados y no discutidos de la causa resulta dificultosa]; JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., pp. 48-50 y 83-123 [destacando las mismas dificultades y cuestionando algunos criterios adoptados por la Corte respecto de la apertura o clausura de la revisión de dichos supuestos de subsunción especialmente dependientes de la valoración de las circunstancias del caso, como –por ejemplo- la determinación de la “buena o mala fe” de un comerciante, etc.].

definición del art. 1134 del Código Civil francés, adoptada también en nuestro medio)⁴³⁵, la definición de los usos, los alcances de los actos administrativos individuales y la hermenéutica de las leyes extranjeras⁴³⁶.

En lo relativo al segundo de los aspectos anticipados (esto es, la determinación de la “*no conformidad*” de la sentencia con la ley), pese al acierto de la técnica genérica de dicha definición, la doctrina se ha encargado de precisar los diversos modos en que dicha tal infracción normativa se puede producir.

Una distinción interesante formulada en este sentido, es la que identifica dos categorías de apartamiento: i) por un lado, los clásicos defectos *de aplicación e interpretación de la norma* (asignar un sentido erróneo a la misma, aplicarla indebidamente a determinados hechos que no encuadran en ella o deducir de sus alcances efectos jurídicos equivocados); y, ii) por el otro, las deficiencias *de motivación*, en las que no se trata ya de verificar si la decisión es buena o mala, sino de examinar las falencias del razonamiento por el que se intentó explicarla⁴³⁷.

⁴³⁵ V. CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation ...*, ob. cit., pp. 62-63 [destacando que el sustento teórico de dicha exclusión se basa en la circunstancia de que, al interpretar un contrato, la Corte no estaría concretando ninguna función uniformadora, ya que cada convención es propia del negocio respectivo y sólo se aplica a las partes; lo que permite distinguirlo, a estos efectos, de los convenios colectivos de trabajo que una vez en vigencia poseen un carácter reglamentario general y por ello su hermenéutica es revisable en casación]; v. asimismo: BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La Cassation ...* 274-284.

⁴³⁶ Cuando la jurisdicción francesa resuelve una controversia aplicando el derecho extranjero, de acuerdo con los principios vigentes de derecho internacional privado, la Corte de Casación ha entendido que sólo le corresponde revisar si ha sido bien definida la regla de asignación que permite solucionar un caso aplicando otros ordenamientos del exterior. Sin embargo, tal atribución no incluye la posibilidad de inspeccionar la hermenéutica que, de tales normas extranjeras, hubieran realizado los jueces de grado, salvo hipótesis de “desnaturalización” de las mismas (v. CHARTIER, Yves, *La Cour ...*, ob. cit. p. 63; BORÉ – BORÉ, ob. cit., pp. 267-271).

A título comparativo, cabe señalar que en cuanto a la posibilidad de denunciar en casación la falta de aplicación oficiosa del derecho extranjero, cuando ello es posible, el criterio seguido en Francia es parcialmente diverso al receptado en Italia. En este último país, la Corte de Casación ha distinguido la hipótesis de violación de los ordenamientos extranjeros que deben ser aplicados de oficio por la judicatura (es decir, aquellos ordenamientos que la justicia local emplea *iura novit curia* para dar respuesta al caso en virtud de los acuerdos vigentes de derecho internacional privado). Esta clase de normas extranjeras han sido condieradas “ley” en los términos del art. 360 del CPC italiano y, por ello, su interpretación materia de revisión en casación (conf. QUEIROLO, Ilaria, “Conoscenza del diritto straniero e contraddizioni della giurisprudenza italiana”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, CEDAM, Padova, 2010, vol. 46, fasc. 3, pp. 603-634, esp. pp. 611 y 613; VIVALDI, Paola, “In tema di applicazione giudiziale del diritto straniero”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, CEDAM, Padova, 2010, vol. 46, fasc. 3, pp. 585-602, esp. pp. 509-602).

⁴³⁷ V. sobre la distinción entre errores de juicio y errores de motivación, lo expresado al tratar la casación italiana, v. *supra*, par. V, ap. 3.2). Para un análisis abarcativo de los vicios de motivación en la casación francesa, v. BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit. pp. 410-431 (especialmente, en lo que hace a la diferenciación prealudida, p. 411, discriminándose las hipótesis de “errores materiales”, “errores de hecho” y “vicios de motivación” propiamente dichos).

Como puede advertirse, las categorías aludidas coinciden en gran medida con las desarrolladas en otros países a la hora de analizar el fenómeno de la casación. Sin embargo, lo que cabe destacar en los estudios vigentes en Francia, es el entendimiento generalizado de que, según se trate de una u otra de dichas variantes de infracción, se ponen en juego dos misiones diversas de la institución: mientras que en el primer caso (v. *supra*, ap. i) el máximo tribunal llevaría a cabo un rol típicamente “jurídico”, de control nomofiláctico y unidad en la interpretación del derecho; en el segundo (*supra*, ap. ii), se suele enfatizar el perfil primordialmente “disciplinario” (*lato sensu*)⁴³⁸ que asume la actuación de la casación, dado que por este medio se apunta principalmente a sancionar los defectos de motivación con la nulidad, lo que necesita de una apreciación caso a caso de la calidad de los argumentos desarrollados para justificar la decisión.

Sin perjuicio de dicha discriminación inicial, vale la pena sintetizar las infracciones que usualmente se identifican en la doctrina, como comprendidas dentro del género aludido en la norma⁴³⁹.

En tal sentido, la principal de las causales que dan lugar al recurso es la “violación de la ley”, a través de la cual la Corte está en condiciones de inspeccionar el acierto de la hermenéutica y aplicación concretada por los jueces de grado, desplegando así su más eminente función nomofiláctica y uniformadora del derecho nacional. Quedan aquí englobadas las conocidas variantes de infracción que se presentan con la “negativa a la aplicación” de la norma correcta, la “falsa” aplicación de una norma inadecuada o la “errónea interpretación” de los alcances del precepto en el que subsume el caso.

Un segundo motivo que integra el elenco de hipótesis de procedencia de ese medio de impugnación, es el *déficit o ausencia de base legal* (“*défaut ou manque de base légale*”)⁴⁴⁰. Si bien se trata de una causal que contempla fenómenos heterogéneos, el núcleo de acción de esta figura se da frente a defectos del fallo que impiden a la Corte el ejercicio

⁴³⁸ V. en tal sentido, CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 66-72; WEBER, Jean-François, *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 70-72; CADIET, Loïc – NORMAND, Jacques – AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, ob. cit., § 285, p. 944 (denominando a esta función “disciplinaria” o “pastoral”).

⁴³⁹ V. respecto de esta clasificación, CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit. pp. 67-72; BORÉ – BORÉ, *La Cassation ...*, ob. cit., pp. 357-470.

⁴⁴⁰ V. para un completo estudio de este vicio en la casación francesa, LE BARS, Thierry, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, Ed. LGDJ, 1997; v. asimismo BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit., pp. 432-447 (abordando a este vicio dentro de la categoría de los “defectos de motivación”); FOUSSARD, Dominique, “Manque de base légale et création de la règle”, en VVAA (Dir.: MOLFESSIS, Nicolas) *La Cour de cassation et l’élaboration du droit*, Economica, 2004, pp. 69-93; JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., pp. 148-168.

de su función nomofiláctica. Algunas subespecies habituales de configuración del vicio permiten identificar su perfil.

La primera de ellas, no recae en realidad sobre el apoyo normativo de la decisión atacada, sino que se refiere a un aspecto previo: la *ausencia de constatación de circunstancias fácticas relevantes para dar una solución jurídicamente correcta al caso*⁴⁴¹. Es decir, que cuando el juez de grado omite determinar la existencia o inexistencia de hechos jurídicamente relevantes (o incurre en imprecisiones o deja dudas al respecto), impidiendo de este modo al máximo tribunal controlar la legitimidad del fallo atacado, procede la anulación del mismo, para que, previo reenvío, se complete el decisorio y se pueda perfeccionar la tarea de subsunción⁴⁴². La segunda variante a la que algunos autores hacen referencia como incluida en esta categoría, sí apunta a un déficit en la fundamentación jurídica, ya que se trata de supuestos en los que la imprecisión o la confusión de la sentencia en dicho aspecto es tal, que impide constatar la legitimidad fonal del decisorio (esto es, si se ha dado una correcta solución jurídica al caso⁴⁴³).

Una tercera hipótesis que interesa para examinar los casos excepcionales de apertura a la revisión de cuestiones fácticas o de valoración probatoria en la casación francesa, es el control de la “*desnaturalización*” (*dénaturation*), que permite a la Corte reexaminar la valoración dada a instrumentos rendidos *por escrito* (contratos, actos unilaterales, pericias, sentencias, etc.), cuando los jueces de grado se hubieran apartado del tenor de los mismos, pese a la claridad de sus cláusulas. Se trata de una doctrina

⁴⁴¹ V. FAYE, Ernest, *La cour de cassation*, ob. cit., § 119, pp. 133-139; BORÉ–BORÉ, ob. cit., pp. 434-435.

⁴⁴² Explica CHARTIER que en esta hipótesis el tribunal de casación no sugiere la decisión final del pleito, ya que precisamente anula y reenvía por carecer de sustento para controlar la regularidad del fallo, que podría perfectamente ser confirmado en su sentido, sin concretar por ello una rebelión contra lo resuelto por el alto cuerpo. Sin embargo, considera que dicha cualidad del motivo analizado no lo transforma en “menos noble”, dado que al pronunciarse sobre la existencia de este vicio, el cimero cuerpo *termina sentando doctrina sobre los diversos elementos fácticos que deben ser demostrados para aplicar un instituto jurídico determinado* (CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 68-69; en el mismo sentido, v. BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation ...*, ob. cit., § 2241, p. 437, citando la opinión concordante de VOULET (Jacques), “L’interprétation des arrêts de la Cour de cassation”, *JCP* 1970, I, 2305). Doctrina que –agregamos a título general- en ciertas ocasiones (vg., aplicación de institutos como la lesión, el esfuerzo compartido, la teoría de los actos propios, el enriquecimiento sin causa, etc.) puede resultar por demás trascendente, ya que transforma a la anulación por “defecto de base legal” (o sus homólogos en el derecho comparado) en una guía para los tribunales de grado, respecto de las condiciones que deben estar presentes en un caso para acudir a dichas construcciones.

⁴⁴³ V. JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., p. 149-152, citando el ejemplo de una sentencia de Cámara invalidada por la Corte de Casación (sala 3° Civil, sent. del 15 de noviembre de 2000, n° 1500), ya que en el fallo atacado no se había precisado la fuente de la responsabilidad endilgada (en el caso, no se comprendía si la condena respondía al encuadre del hecho en los confines de la responsabilidad subjetiva, por el hecho de la cosa –ruina de un edificio en construcción- o en la aplicación del régimen relativo a los conflictos de vecindad).

pretoriana del alto cuerpo, cuyo origen se remonta a un *leading case* de la sala civil de 1872, en el que, de todos modos, se dejó aclarado que el criterio rige sólo para la interpretación de escritos (lo que excluiría a los restantes medios de prueba⁴⁴⁴) y que, además, quedan fuera de su ámbito de aplicación las hipótesis de cláusulas o convenciones vagas o ambiguas, en las que el judicante inferior hubiera elegido uno de los sentidos posibles de las mismas⁴⁴⁵.

Un supuesto relevante a tener en cuenta es el que concierne a los *defectos de motivación* de la sentencia⁴⁴⁶, caso en el que –como fuera anticipado– se entiende que la Corte de Casación francesa lleva adelante un rol principalmente “disciplinario” (entendiéndose esta expresión en un sentido amplio). Los orígenes de este tradicional motivo de andamiaje del embate examinado, se remontan a la consagración del deber de motivación de las sentencias impuesto, bajo sanción de nulidad, por ley del 20 de abril de 1810 (exigencia actualmente mantenida en el ordenamiento francés, conforme lo normado en los artículos 455 a 458 del Código Procesal Civil). Se incluyen dentro de esta variante tanto a la ausencia de motivación, como a la insuficiencia de la misma (vg., su carácter “genérico”, “hipotético” o “dubitativo”) o a los defectos lógicos que la afecten (vg., contradicción). La Corte ha también considerado incluida en esta variante a la *omisión de de abordaje de planteos esenciales* formulados por las partes (*défaut de réponse à conclusions*), articulaciones que –al igual que ocurre en nuestro medio– han sido

⁴⁴⁴ V. CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 69; JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., pp. 83-86, citando decisiones claras de la casación sobre el punto: “... sólo la interpretación de un escrito puede ser objeto de un recurso fundado sobre el agravio de ‘desnaturalización’, pero no la interpretación de un hecho” (Corte de Casación [Francia], sala Civil 1º, 3 de febrero de 1981, transcripto en la obra antes citada).

⁴⁴⁵ Es intuitiva la asimilación de esta variante vigente en la casación francesa, con los institutos del “absurdo” y de la “arbitrariedad”, también de origen jurisprudencial, que rigen en la Argentina en el ámbito de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley (Provincia de Buenos Aires) y federal (en el régimen nacional), respectivamente. Si bien estos últimos no se agotan exclusivamente en la posibilidad de revisión de documentos, sino que permiten controlar la valoración de la totalidad de los medios de prueba, hay dos notas que son comunes en ambas latitudes: i) la posibilidad excepcional de revisar, por este medio, cuestiones relativas a la valoración de la prueba; y ii) la limitación de los alcances de tales creaciones pretorianas a hipótesis evidentes, claras, patentes, etc., con la consecuente exclusión de supuestos en los que los jueces se inclinaron por una de las interpretaciones “posibles” de tales elementos (v., en este sentido, SCBA, causas C. 98.600, “Mana”, sent. del 25-II-2009; C. 105.039, “Arce”, 16-XII-2009; C. 94.421, “Millara de Balbis”, sent. del 6-X-2010; CSJN, “Fallos” 330:4770 [2007]; 322:466 [2009], entre muchas otras).

⁴⁴⁶ V. respecto de esta categoría en la casación francesa: BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit. pp. 410-431; JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., pp. 168-177; CHARTIER, Yves, *La cour de cassation*, ob. cit., pp. 70-72.

distinguidos de los meros “argumentos”, cuya preterición no viene sancionada por ese medio⁴⁴⁷.

3.2) Procedimiento y técnica impugnativa.

El trámite del recurso de casación tiene inicio, en Francia, con el escrito de *interposición*, que no va acompañado de fundamentación alguna: la ‘*déclaration de pourvoi*’. El mismo se presenta ante la Secretaría de la Corte dentro de los dos meses de la notificación de la sentencia atacada (art. 612, CPC Fr.), firmado por un ‘*avocat aux Conseils*’, salvo en las hipótesis (marginales, en materia civil *lato sensu*) en las que se admite una representación diversa (v. *supra*, ap. 2.3)⁴⁴⁸. Debe contener la identificación de las partes y de la decisión atacada (con la indicación, en su caso, de los puntos de la misma que son objeto de embate, si se trata de un cuestionamiento parcial).

Es de advertir que –por regla– el recurso *no tiene efecto suspensivo*, por lo que el decisorio en crisis debe ser cumplido por la parte agraviada, pese a la apertura de la instancia de casación⁴⁴⁹. Ello implica, obviamente, que en caso de hacerse lugar a la impugnación, tanto la sentencia atacada como el trámite de ejecución subsiguiente y todas las resoluciones que se deriven necesariamente de aquélla, serán anulados, debiendo volver las cosas al estado anterior (art. 625, CPC Fr.)⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ V. CHARTIER, Yves, *La cour de cassation*, ob. cit., p.p. 71-72; JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., pp. 177-186.

A título comparativo, en cuanto a la distinción aludida en el texto, hemos abordado con anterioridad las dificultades que presenta la separación entre “cuestión” y “argumento” (similar a la que en Francia se plantea entre ‘*moyens*’ y ‘*arguments*’) a los efectos del control de su omisión en la casación local: v. GIANNINI, Leandro J., “El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires (algunos aspectos técnicos)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, año 2007-I, pp. 291-345; v. asimismo sobre este punto: MORELLO, Augusto M., *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Platense, 2º ed., 2000, esp. pp. 294-296; HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., p. 646.

⁴⁴⁸ A consecuencia del carácter excepcional que tiene en materia civil la actuación sin la representación obligatoria de los “abogados ante el Consejo de Estado y la Corte de Casación”, describiremos a continuación, en el texto, las líneas generales del procedimiento previsto en los arts. 974 a 982 del CPC francés, para el caso más frecuente, es decir: el que tiene lugar con el patrocinio necesario de tales profesionales especializados. Por consiguiente, no haremos especial referencia a las particularidades de trámite previstas en los arts. 983 a 995 del citado ordenamiento, para la hipótesis de actuación “sin representación obligatoria”.

⁴⁴⁹ Quedan a salvo de dicha regla, en materia civil, los asuntos en los que estén en juego cuestiones de estado de las personas (vg., divorcio, filiación, nacionalidad) [v. CADIET, Loïc – JEULAND, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, Litec, Pais, 5º ed., 2006, § 871, p. 547).

Por su parte, en materia penal, el principio se invierte, en razón de la conocida especificidad de los intereses en juego que justifican la vigencia del efecto suspensivo (art. 569, CPP Fr.), aunque con ciertas excepciones imperantes en el ámbito correccional (art. 465, ord. cit.) [v. CADIET, Loïc – NORMAND, Jacques – AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, ob. cit., § 291, p. 956]

⁴⁵⁰ V. CADIET, Loïc, “El sistema de la casación francesa”, cit. p. 39.

Por su parte, la introducción del art. 1009-1 del CPC francés en 1989, al instituir la llamada ‘*radiation du rôle*’ ha profundizado la línea legislativa destinada a prevenir la interposición de embates dilatorios⁴⁵¹. Así, de conformidad con dicha norma, el Presidente de la Corte, a pedido de la parte recurrida, *interrumpirá la prosecución de la causa iniciada* (remoción de la agenda o del registro, sin suspensión de los términos para cumplir las cargas respectivas por las partes, vg., presentar sus memorias, etc.), *hasta tanto el impugnante demuestre haber dado cumplimiento al mandato cuestionado*. Sólo se excluye de la regla, la hipótesis en la que la ejecución del dispositivo sentencial pueda ocasionar consecuencias “manifiestamente excesivas” o sea materialmente imposible (excepciones introducidas en 1999 y 2006 respectivamente⁴⁵²). Importa remarcar que a partir de la aludida decisión del Presidente y hasta tanto se demuestre efectivamente el acatamiento del fallo, corre el plazo de perención de la instancia casatoria, que sólo será interrumpido frente a un acto que evidencie inequívocamente la voluntad de observar el fallo. Por lo que, de no acreditarse el cumplimiento antes de que venza el término de caducidad, podrá decretarse de oficio⁴⁵³ o a pedido de parte, la extinción del remedio deducido, sin pronunciamiento sobre el mérito (art. 1009-2, CPC Fr.)⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ V. CADIET, Loïc – JULAND, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 5° ed., 2006, pp. 636-638.

⁴⁵² Decretos n° 99-131, del 26 de febrero de 1999 y 2005-1678, del 28 de diciembre de 2005 (que determina el texto final del art. 1009-1 del CPC Fr., en vigor desde el 1° de marzo de 2006).

⁴⁵³ Hasta la reforma de 2008, la caducidad de la instancia sólo podía ser decretada en estas condiciones a pedido de parte. En la actualidad, dicha decisión del Presidente puede también ser adoptada *ex officio* (v. BORÉ, Jacques, “Une nouvelle réforme de la Cour de cassation. À propos du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008”, en *JCP / La Semaine Juridique - Edition Générale*, n° 24, 11 de junio de 2008, p. 399).

⁴⁵⁴ La Corte Europea de Derechos Humanos ha validado el sistema de marras, por entender que el mismo no contraría principios de la Convención Europea en la materia. En tal sentido, el citado tribunal supranacional estimó que las finalidades buscadas a través de la obligación impuesta a los recurrentes de cumplir las sentencias son legítimas, dado que tienden a asegurar la protección de los acreedores reconocidos en el pronunciamiento, evitando recursos dilatorios, reforzando la autoridad de los tribunales inferiores y atenuando la congestión de la agenda de la Corte de Casación. Por otra parte, valoró que la norma analizada, como vimos en el texto, le da al *Premier Président* la capacidad de valorar excepcionalmente las consecuencias lesivas de la ejecución inmediata del mandato, lo que lo posiciona en condiciones de equilibrar, sobre la base del principio de proporcionalidad, el derecho del quejoso a la revisión en casación, por un lado, y el del demandado a obtener el acatamiento del mandato atacado, por el otro (v. Corte EDH, 3° Sección, *Annoni di Gussola and others v. France*, applications n° 31819/96 y 33293/96, sent. del 14 de noviembre de 2000).

Sin embargo, en el caso citado, Francia resultó condenada en atención a la indebida motivación de la negativa del Presidente a aplicar en el caso la hipótesis de excepción prevista en el art. 1009-1 relativa a la existencia de circunstancias especiales que demuestren que la ejecución inmediata tendría consecuencias manifiestamente desproporcionadas. Para precisar los antecedentes principales del caso, el recurrente había invocado ante la Corte de Casación que carecía de medios económicos para afrontar una condena como la que había sido decretada en su contra (150.000 francos), dado que carecía de trabajo y percibía un sólo el seguro de desempleo. El Presidente, finalmente removió el caso de la lista por no demostrarse intención de acatar la decisión de grado, ni circunstancias especiales que demuestren que la solución legal resulte excesiva. Agregó en cuanto a la naturaleza del art. 1009-1 del CPC Fr., que la misma no constituye una penalidad por negligencia ni una sanción derivada de la inadmisibilidad del remedio incoado. “Por el contrario, es una

Retomando el análisis del iter procedimental ordinario, cabe examinar el momento de la *fundamentación* del recurso que, como fuera anticipado, a diferencia de lo que ocurre en nuestro medio con el recurso extraordinario federal y con varios regímenes casatorios provinciales (vg., Provincia de Buenos Aires), no se perfecciona junto con su interposición. En efecto, la enunciación de los *motivos* (*‘moyens de cassation’*) por los que el quejoso se alza contra el fallo tiene lugar con posterioridad, mediante la memoria ampliativa (*‘mémoire ampliatif’*), que debe ser acompañada dentro de los cuatro meses siguientes a la interposición del recurso (art. 978, CPC Fr.). En ella deben ser desarrollados con precisión, claridad, completitud y concisión los agravios respectivos, además de adjuntar copias del fallo en crisis, de su notificación, de la sentencia confirmada o revocada por aquél y de las últimas conclusiones presentadas por las partes en la instancia previa (arts. 979 y 979-1 [este último, conf. texto 2008], ord. cit.). Como lo explican JOBARD-BACHELLIER y BACHELLIER, en su obra dedicada a la técnica del medio de embate examinado, los *‘moyens de cassation’* contenidos en la pieza de marras son la clave del proceso ante esta instancia⁴⁵⁵. Por otra parte, como luego veremos, la ausencia de *seriedad* de los mismos, da lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso, mediante la aplicación del “*filtro*” establecido en el art. 1014 del *Code de Procédure Civile* (v. *infra*, ap. 5]).

Cabe destacar en este punto que sin bien –por regla– los motivos de casación invocados encuadran el ámbito de actuación de la Corte Suprema, el citado ordenamiento adjetivo autoriza a la misma a relevar *de oficio* la existencia de vicios “de puro derecho” en los que haya incurrido la sentencia (art. 620, CPC Fr.). A través de este medio, se potencia sensiblemente el poder de inspección nomofiláctico del máximo tribunal, ya que, con independencia de que la parte interesada no se hubiera agraviado de la infracción en cuestión, y sin que necesariamente deba tratarse de una norma de

medida administrativa y regulatoria pensada para recordar a las partes que el recurso de casación es un remedio extraordinario y para habilitar a los beneficiarios de decisiones judiciales con fuerza ejecutoria, la posibilidad de ejercer sus prerrogativas que les concedieron los tribunales inferiores...”

La Corte, al valorar este razonamiento (§56 a 59 de la sentencia cit.), encontró que una condición como la demostrada por el quejoso ante sus estrados permiten “presumir” la presencia de la hipótesis configurada por la norma (consecuencias desproporcionadas derivadas de la ejecución del mandato), por lo que en definitiva juzgó que en el caso se había vulnerado el art. 6 §1 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Pero, reiteramos la solución adoptada no partió de la descalificación del instituto del art. 1009-1 del CPC Fr. Como tal, sino de la aplicación dada al mismo por el Presidente de la Corte de Casación al apreciar las circunstancias del caso. Es en este punto en el que se valoró que se había limitado injustamente el acceso ante la Corte de Casación.

⁴⁵⁵ JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., p. 8.

orden público⁴⁵⁶, la Corte puede casar oficiosamente el decisorio respectivo en ocasión de analizar la legitimidad de la sentencia impugnada o también puede confirmarla por fundamentos jurídicos diversos a los sostenidos en las instancias de grado. En ambos casos, para preservar el *principio de bilateralidad*, el código de formas prevé la necesidad de que, frente a la perspectiva de incorporar a la decisión un elemento de juicio relevado oficiosamente, el alto cuerpo deba invitar a las partes a formular las observaciones pertinentes (art. 1015, CPC Fr.⁴⁵⁷), lo que ha sido considerado por la Corte Europea de Derechos Humanos como un corolario de la garantía del debido proceso contemplada en el art. 6 §1 del Tratado de Roma⁴⁵⁸.

Retomando la descripción del procedimiento, luego de la presentación de la memoria ampliativa por el recurrente, se corre traslado de la misma a la contraparte, que cuenta con un plazo de dos meses para responderla, actuación que también exige el patrocinio de un '*Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation*'.

A partir de allí, el trámite seguirá su curso de conformidad con las características del caso involucrado, que puede ser resuelto sin audiencia y mediante una formación restringida ('*a trois magistrats*'), o llevado a la audiencia de la sala correspondiente, con las particularidades que en cada caso hemos examinado previamente (v. *supra*, ap. 2.2)]. En

⁴⁵⁶ En cuanto a esta salvedad, v. BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit., pp. 497-498; CADIET, Loïc, "El sistema de la casación francesa", cit., p. 38.

⁴⁵⁷ Art. 1015 CPC Fr.: "El Presidente de la formación debe avisar a las partes los motivos susceptibles de ser relevados de oficio e invitarlas a presentar sus observaciones en el plazo que fije [...]". En similar sentido, aunque con carácter general, dispone el art. 16 del citado ordenamiento adjetivo: "El juez debe, en todas las circunstancias, hacer observar y observar el mismo el principio de contradicción [...] Él no puede fundar su decisión sobre motivos de derecho relevados de oficio sin antes invitar a las partes a presentar sus observaciones".

⁴⁵⁸ La Corte de Estrasburgo ha entendido que el incumplimiento de la regla aludida en el texto importa una vulneración de la garantía del contradictorio, incluida en el art. 6, § 1 del Tratado de Roma (al igual que en nuestro medio ocurre con el art. 8 del Pacto San José de Costa Rica). Así, en el caso *Clinique des Acacias* condenó a Francia por el obrar de la Corte de Casación, que había decidido resolver la controversia sobre la base de un argumento de derecho no planteado por las partes, sin dar a la interesada la posibilidad de replicar dicha tesis jurídica (CEDH, 3° sección, *Clinique des Acacias et autres c. France*, Requête n° 65399/01, 65406/01, 65405/01 y 65407/01, sent. del 13 de octubre de 2005).

Se trata de un criterio interesante a tener en cuenta, ya que dicha hermenéutica enerva la eficacia del argumento por el cual podría entenderse que la "bilateralización" de los argumentos de derecho constituye una previsión meramente instrumental susceptible de ser dejada de lado en atención al principio *intra novit curia* (que –como es sabido– permite al juez calificar oficiosamente la controversia, con independencia de las postulaciones –e incluso los errores– de los litigantes). El pronunciamiento de la CEDH, por ende, debe ser entendido como un supuesto más en el que dicho tradicional postulado se debilita y cede frente a la necesidad de preservar el debido proceso. La síntesis que podría extraerse de esta postura (que bien podría ser extendida a otros campos del derecho, como el que atañe al siempre vigente problema del "control de constitucionalidad de oficio"), es la siguiente: *los jueces pueden valerse oficiosamente de argumentos jurídicos no tenidos en cuenta por las partes* (vg., la Corte de Casación puede anular una sentencia al verificar '*per se*' un error de derecho), *pero previamente debe permitir aquéllas formular las observaciones pertinentes sobre el punto*.

cualquier caso, con la intervención previa necesaria del Ministerio Público (art. 1019, CPC Fr.).

Finalmente, con carácter general, es de destacar que las actuaciones ante la casación se han progresivamente trasladado hacia el formato electrónico, a través del proyecto denominado de “*dématisation des procédures*”⁴⁵⁹. En efecto, tanto los recursos, como las observaciones o memorias de las partes son firmadas electrónicamente (la totalidad de los ‘*avocats aux Conseils*’ poseen su clave y dispositivo móvil para autenticar sus presentaciones) y remitidas a la Corte, que, a su turno, procesa el expediente en soporte digital.

3.3) Sentencia y reenvío

a) Finalizado el trámite ante el alto cuerpo, la sentencia que le pone fin puede *rechazar* el recurso (en cualquiera de sus variantes, vg., aplicación del “filtro de no-admisión”; desestimación en el mérito, mediante trámite abreviado y formación restringida de la sala, cuando el caso no tiene mayor complejidad; desestimación en cuanto al mérito previo desarrollo del debate en audiencia, cuando el asunto lo amerita), caso en el cual la sentencia atacada pasa en autoridad de cosa juzgada.

El rechazo del recurso importa la imposición de las *costas* y, en caso de demostrarse un uso abusivo de la vía recursiva extraordinaria, de una *multa* pecuniaria por un máximo de tres mil euros, con más una *indemnización* para la contraparte dentro de los mismos límites cuantitativos (arts. 628 y 629, CPC Fr.).

b) Si, por el contrario, se *hace lugar* al remedio articulado, se presentan dos alternativas principales:

La regla general (y cuantitativamente más significativa, v. *infra*, ap. 5.2.f)⁴⁶⁰ es la casación del fallo seguido por el *reenvío* de la controversia ante un tribunal del mismo grado que el que emitió el pronunciamiento anulado, para que se expida nuevamente

⁴⁵⁹ Puede verse el estado de avance del proyecto en las intervenciones concretadas en conferencia de prensa de diciembre de 2009 por Vincent LAMANDA (Presidente de la Corte de Casación), Didier LE PRADO (Presidente de la Orden de Abogados del Consejo de Estado y de la Corte de Casación) y Jean-François WEBER (presidente de Sala de la Corte), publicadas en el *link* asignado a este tema (“*La dématérialisation des procédures*”) en el sitio web de la Corte de Casación (<http://www.courdecassation.fr> – acceso octubre 2010). El sistema comenzó como una prueba piloto en el año 2008 y se generalizó su uso en enero de 2009. Para diciembre de ese año, se indicaba que el 80% de los recursos de casación eran recibidos y firmados electrónicamente ante la Corte, estimándose que para enero de 2010 la cifra ascendería al 100%.

⁴⁶⁰ Como se advierte de la tabla a la que se remite en el texto, alrededor del 90% de las sentencias anuladas en casación son seguidas del reenvío.

sobre el mérito de la misma teniendo presente la regla sentada por la Corte. Ante dicha jurisdicción, las partes podrán plantear nuevos argumentos (de hecho y de derecho), de conformidad con las reglas adjetivas de la instancia a la que se remite la causa, que finalmente reexaminará la contienda sobre ambos aspectos (*fait et droit*), teniendo siempre presentes las parcelas de la sentencia afectadas por la rescisión del máximo tribunal⁴⁶¹.

Se trata del clásico sistema “puro” o “negativo” de casación, que se remonta a los orígenes mismos del instituto en este país. Inicialmente –como es sabido- el diseño se justificaba en razones asociadas con el enclave institucional del Tribunal de Casación, órgano que, por ser ajeno al poder judicial, se hallaba impedido de pronunciarse sobre el mérito de la pretensión fondal, de acuerdo con una concepción rígida de división de poderes. Actualmente, su predominio se explica en diversos motivos, entre los que se destaca la tendencia a no transformar a la Corte en una “tercera instancia”⁴⁶², que deba examinar y decidir el fondo de cada asunto llevado a sus estrados una vez verificado el error del *a quo* en la interpretación normativa. Esta última es su función cardinal, y no la resolución positiva del conflicto de conformidad con la hermenéutica postulada al casar el fallo.

De allí que –como fuera recordado al inicio de este párrafo- el *Code de l'organisation judiciaire* disponga que “La Corte de casación no conoce el fondo de los asuntos, salvo disposición legislativa contraria” (art. L. 411-2, COJ). En particular, el mecanismo de reenvío está expresamente previsto en el art. L. 431-4 del Código de la Organización Judicial (conf. asimismo art. 626, CPC Fr.), según el cual “en caso de casación, el asunto es reenviado, salvo lo normado en el artículo L.411-3, ante otra

⁴⁶¹ Señala CHARTIER que, en la práctica, los alcances de la anulación no siempre son comprendidos en la sede de reenvío, lo que suscita a veces un debate “irritante” (CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 103).

⁴⁶² Sobre la discutible identificación de la noción de “tercera instancia” como expresión asociada a la presencia de un sistema de casación “positiva” (sin reenvío), remitimos la observación formulada *supra*, par. V, ap. 2.5), al evaluar comparativamente la terminología utilizada en Italia y en nuestro país sobre el punto.

Tanto en Italia como en Francia se explica la prohibición de reenvío señalando que el sistema opuesto (casación positiva) terminaría transformando a la Corte en un tribunal de “tercera instancia”. La conceptualización tiene distintos alcances en nuestro medio. En efecto, cuando los estudiosos de la casación local o federal niegan que dicho régimen importe la apertura de una “tercera instancia”, no están refiriéndose –en general- al instituto del reenvío, sino a la limitación de su competencia revisora fundamentalmente a cuestiones de derecho. En el mismo sentido es utilizada la expresión en la jurisprudencia de las cortes supremas (CSJN, SCBA).

jurisdicción de la misma naturaleza que aquella de la que emanó la sentencia casada o ante la misma jurisdicción compuesta por otros magistrados”.

Es de recordar que *el juez de reenvío no está vinculado por el criterio sentado por la Corte*⁴⁶³ (por más que la autoridad de la sentencia frecuentemente se impoga por la eficacia de sus razones⁴⁶⁴), *salvo que el pronunciamiento emane de la Asamblea Plenaria*, que – como fuera explicado- es la composición más solemne y representativa del cuerpo por la calidad de sus integrantes (v. *supra*, ap. 2.2]). En este último caso, la sentencia del máximo tribunal tiene valor legal vinculante, debiendo el órgano al que se remite la causa fallar de conformidad con el criterio allí sustentado.

Continuando con las alternativas que puede adoptar la Corte al casar la sentencia, una de las disposiciones “en contrario” a las que se refiere el transcripto art. L. 411-2 del COJ, está constituida precisamente por la posibilidad de que el alto cuerpo se pronuncie anulando el decisorio *sin reenvío*, es decir, que una vez verificada la infracción legal del fallo atacado, directamente defina el fondo de la controversia (*iudicium rescissorium*)⁴⁶⁵.

Así lo edicta el art. 627 del CPC Fr. (conf. actualmente art. L. 411-3 del COJ) según el cual tal alternativa es viable en los casos en que: i) no sea necesario volver a enjuiciar el fondo del asunto; o que ii) “los hechos de la causa, tal como han sido soberanamente constatados por los jueces de fondo, permitan aplicar la regla de derecho apropiada”⁴⁶⁶. Se trata, en general, de un instrumento útil cuando se configura

⁴⁶³ He aquí una nueva diferencia con el sistema de casación vigente en materia contencioso-administrativa, ya que en este ámbito la decisión del Conseil d'État *se impone* al juez de reenvío, es decir, que el primer pronunciamiento tiene fuerza vinculante a su respecto (v. CADIET, Loïc – NORMAND, Joaques – AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, ob. cit., § 292, p. 957).

⁴⁶⁴ Acudiendo a la feliz expresión de CADIET, “si la resolución adoptada por la Corte de casación es susceptible de imponerse a los tribunales de instancia, es por su capacidad de arrastrar la convicción de los tribunales inferiores (*auctoritate rationis*), y no por razón de la autoridad (*ratione auctoritatis*)” (CADIET, Loïc, “El sistema de la casación francesa”, cit., p. 28).

⁴⁶⁵ Sobre esta variante de casación positiva, excepcionalmente prevista en Francia, v. FABRE Martine, “La cassation sans renvoi en matière civile”, en *JCP / La Semaine Juridique – Edition Générale*, n° 38, septiembre 2001, Doctrine, I, 347, pp. 1715-1720.

⁴⁶⁶ Destacan los BORÉ que el primero de los motivos de excepción aludidos en el texto (*sub i*) tiene origen en la jurisprudencia precedente de la Corte de Casación y se justifica dado que, en ciertas condiciones, la anulación del fallo por los motivos allí enunciados no dejan margen a un nuevo análisis de la contienda para verificar el modo en que el principio de derecho enunciado por el máximo tribunal permite resolver el mérito. Así, por ejemplo, cuando se deja sin efecto una sentencia que hubiera acogido la pretensión, considerando la Corte que el crédito reconocido no tenía fuente legal o que el ordenamiento prohibía un pronunciamiento condenatorio en la materia. En tal hipótesis, el rechazo directo de la demanda se impone, sin que sea necesario desarrollar mayores consideraciones ante el juez de reenvío.

la causal de “violación de la ley” y la interpretación correcta sentada por el máximo tribunal puede ser aplicada directamente a los hechos comprobados de la causa. Por el contrario, carece de virtualidad en las hipótesis como las de defectos de motivación (ya que el tribunal de origen deberá reeditar nuevamente el iter lógico apropiado para justificar su decisión) o de ausencia de “base legal” (en el que la Corte podrá indicar las condiciones que el *a quo* debió tener por acreditadas para hacer uso de una institución determinada, pero tales pautas deberán ser constatadas o valoradas ante el juez de reenvío) [ver respecto de los diversos motivos de casación y tipos de infracción, lo expresado *supra*, ap. 3.1].

En la práctica, como se verá más adelante (v. *infra*, ap. 5.2.f), son escasas las oportunidades en las que esta variante “positiva” o “impura” de casación tiene lugar (sólo del 10% de las sentencias que se anulan⁴⁶⁷ incorporan el *iudicium rescissorium* luego de la resolución de mérito que estima el recurso, lo que equivale a un 1 ó 2% de los pronunciamientos totales de la Corte).

c) En cuanto a sus *alcances objetivos*, la anulación puede ser *total o parcial*, hipótesis esta última que se presenta cuando el yerro del *a quo* recae sólo sobre ciertos puntos del decisorio, independientes de los demás (conf. art. 623 del CPC Fr.).

Los *alcances subjetivos* de la sentencia también han sido regulados en el ordenamiento de forma⁴⁶⁸. Así, el art. 615 del CPC francés da por entendida la regla general de la personalidad de la impugnación, es decir, que la sentencia que acoge el

Sin embargo, respecto de la segunda causal de reenvío (posibilidad de que la Corte aplique la norma a los hechos constatados soberanamente por el juez de mérito) los citados autores, pese a admitir que la solución legal procura acelerar la respuesta final de la jurisdicción, la cuestionan desde dos puntos de vista. En primer lugar, por el hecho de que la ausencia de reenvío torna rígida la jurisprudencia e impide su evolución, dada la posibilidad que tiene el juez al que se envía la causa, de apartarse del criterio de la Corte (v. *supra* ap. 2.2)-donde se ha explicado que la insistencia del tribunal de grado en su parecer ha ocasionado en algunas oportunidades la modificación de la doctrina del alto cuerpo mediante la actuación sobreviniente de la Asamblea Plenaria consintiendo la “rebelión” del inferior).

En segundo lugar, entienden que la dispensa del reenvío puede quitar a las partes una herramienta importante con la que cuentan, consistente en la posibilidad de articular, ante la instancia de reenvío, hechos y argumentos novedosos que lleven a revisar el modo en el que el principio de derecho sentado por la Corte, se aplica en el caso concreto. En tal sentido, consideran los BORÉ que la solución del art. 627 del CPC Fr. debe ser aplicada prudentemente, debiendo incluso las partes ser anoticiadas de la intención de la Corte de resolver sin reenvío, para respetar el contradictorio (BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit., pp. 722-724).

⁴⁶⁷ Así, por ejemplo, durante el año 2010 se casaron un total de 4.536 sentencias (22 % del total de las causas resueltas o finalizadas), de las cuales 4.062 fueron con reenvío (90% de las anuladas, 20% del total), y sólo 474 sin reenvío (10% de las anuladas y 2% del total).

⁴⁶⁸ V. sobre los alcances subjetivos de la sentencia casatoria en Francia (BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit., pp. 674-678).

embate sólo beneficia a la parte que lo interpuso. Sin embargo, tal pauta cede, dando lugar al efecto expansivo, en los casos de solidaridad y en los de indivisibilidad del contenido de la sentencia respecto de los litisconsortes del recurrente (por ejemplo, en los que existe un nexo lógico o material que impide la escisión del mandato como para proceder a la ejecución separada respecto de cada uno de aquéllos)⁴⁶⁹.

3.4) El recurso “en el interés de la ley”.

No sólo la iniciativa de las partes da lugar a la actuación de la *Cour de cassation* en función nomofiláctica y uniformadora. La función pública de la casación también se potencia en Francia mediante el institutio del ‘*pourvoi dans l’intérêt de la loi*’, instrumento que se remonta a los orígenes mismos de aquélla (art. 25 decreto del 27 de noviembre de 1790; art. 88, ley 27 de Ventoso año VIII). La regulación actual del instituto analizado surge del art. 17 de la ley n° 67-523, del 3 de julio de 1967, que ha mantenido en líneas generales su perfil inicial⁴⁷⁰.

Se trata de un mecanismo similar al analizado cuando nos dedicáramos al régimen italiano (que –como fuera advertido- encuentra en Francia su fuente principal), por el cual se confiere al Procurador General la legitimación para requerir la revisión por parte de la Corte, de un pronunciamiento pasado en autoridad de cosa juzgada, sea por el consentimiento de las partes o por la inadmisibilidad de la impugnación deducida a su respecto. El interés perseguido por el Ministerio Público en esta hipótesis, como señala FAYE, es “puramente doctrinal”, ya que los resultados del embate no afectan los

⁴⁶⁹ Destacan los BORÉ que, si bien la extensión de los efectos del recurso acogido a los litisconsortes es una excepción, la misma ha sido interpretada con cierta flexibilidad (BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation ...*, ob. cit., esp. p. 675).

Respecto de la categoría de las obligaciones *in solidum* (que también en Francia se distinguen de las obligaciones solidarias), los efectos expansivos sólo se producen frente al pedido expreso del codeudor concurrente, sea porque interpone un recurso directo o uno incidental. Ello implica mantener para esta clase de obligaciones la regla general del efecto personal (no extensivo) del recurso, ya que sólo adhiriendo al embate del litisconsorte es posible invocar la cosa juzgada lograda por éste.

Un supuesto especial tiene lugar con las obligaciones nacidas del vínculo de *garantía* (vg., seguros). En este caso, la extensión de los efectos del recurso es automática: tanto cuando el demandado principal triunfa y la aseguradora (condenada en garantía) guarda silencio, como cuando esta última logra ‘*per se*’ la anulación de la condena por ausencia de responsabilidad del asegurado, ambos se ven recíprocamente beneficiados por el éxito de su litisconsorte (BORÉ – BORÉ, *id.*, p. 676).

⁴⁷⁰ Para un examen del recurso de casación “en el interés de la ley” en Francia, remitimos a FAYE, Ernest, *La cour de cassation ...*, ob. cit., § 444-453, pp. 445-451; BORÉ – BORÉ, *La cassation en matière civile*, 754-762.

derechos de las partes, cuya regla de conducta estará determinada por el fallo de origen, firme a su respecto⁴⁷¹.

4) Nomofilaxis preventiva: la ‘*saisine pour avis*’.

El recurso de casación no es el único mecanismo por el cual la Corte lleva adelante su más eminente función. Desde 1991 el legislador francés introdujo en este ámbito la ‘*procedure d’avis*’⁴⁷², que constituye un instrumento especial, no contencioso, por el cual se autoriza a los jueces de grado a consultar al cimero tribunal acerca de un tópico de derecho novedoso e idóneo para replicarse en otras contiendas (conf. art. L. 441-1, COJ⁴⁷³).

De este modo, al formularse anticipadamente este “dictamen” (*avis*) sobre el sentido de una cláusula legal de difícil interpretación, los cuerpos jurisdiccionales inferiores pueden tomarlo como criterio de referencia y resolver de conformidad en el futuro. Con ello se procuran dos objetivos principales: la celeridad procesal (o, si se nos permite la expresión, “prevenir antes que casar”) y la descongestión de la Corte, ya que al anunciar su parecer sobre el tema, se desincentiva la propagación de pronunciamientos inconsistentes en las instancias de grado, que luego llegarían casi indefectiblemente a sus estrados mediante múltiples recursos de casación destinados a uniformar dicha hermenéutica contrastante⁴⁷⁴.

El procedimiento para llevar adelante esta consulta está previsto en el art. 1031-1 del CPC francés.

⁴⁷¹ FAYE, Ernest, *La cour de cassation ...*, ob. cit., esp. p. 445 [aludiendo a la tésis “puramente doctrinal” del instituto] y p. 451 [calificando a la sentencia dictada por la Corte en este recurso como “*res inter alios acta*”, para destacar la ajenidad de las partes de la controversia, respecto de las resultas del recurso].

⁴⁷² El instituto reconoce como antecedente inmediato al homólogo vigente en el ámbito del Consejo de Estado francés desde 1987 (v. BUFFET, Jean, “La saisine pour avis de la Cour de cassation”, disponible *on line*: http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/presentation_generale_7235.html (Acceso: mayo 2012); DARNANVILLE, Henri-Michel, “La saisine pour avis du Conseil d’Etat et de la Cour de cassation”, en *Actualité juridique*, vol. 57, n° 5, 2001, pp. 416-427).

⁴⁷³ Respecto de las hipótesis en las que es viable este mecanismo de “consulta”, dispone el art. L. 441-1 del *Code de l’organisation judiciaire* que: “Antes de decidir sobre una cuestión de derecho novedosa, que presente una dificultad seria y que se presente en numerosos litigios, las jurisdicciones del orden judicial, mediante decisión insusceptible de recurso, pueden solicitar la opinión de la Corte de casación que se pronuncie en el plazo de tres meses de la remisión”.

⁴⁷⁴ El instituto tiene similitud con otros vigentes en el derecho comparado y, especialmente en Europa, con la regulación actual del “reenvío prejudicial” que pueden hacer las jurisdicciones nacionales a la Corte de Justicia comunitaria cuanto esté en juego, en una controversia determinada, la interpretación preceptos cuya interpretación final corresponde a aludido cuerpo trasnacional (v. VVAA [SIMON, Denys: Dir.] “La Cour de cassation et la construction juridique européenne”, en COUR DE CASSATION, *Rapport annuelle 2006*, pp. 93-230 [esp. pp. 97-123]).

Cabe precisar en tal sentido que sólo los órganos judiciales están autorizados para pedir la intervención del máximo tribunal a estos efectos, siendo inadmisibles el requerimiento formulado por las partes. Antes de remitir las actuaciones, el juez debe comunicar a las partes y al Ministerio Público la decisión de solicitar la ‘*saisine pour avis*’, confiriéndoles un plazo para formular sus observaciones por escrito. Al arribar la consulta a la Corte, el Presidente designa a un juez relator (*rapporteur*) y el Procurador a un abogado general. Ambos magistrados trabajan en paralelo, a diferencia de lo que ocurre con el examen habitual de los recursos, en razón de la brevedad del plazo previsto para la respuesta (3 meses, conf. art. 1031-3, CPC Fr.)⁴⁷⁵.

La integración del alto cuerpo para responder esta clase de consultas es especialmente calificada, ya que forman parte de la misma: el *Première Président*, los presidentes de cada una de las seis salas y otros diez jueces del tribunal superior designados por las salas cuya “especialidad” se pone en juego en la consulta. Sin embargo, pese a la autoridad que le brinda dicha integración, la opinión respectiva no resulta legalmente vinculante para el juez que la requirió, ni para la misma Corte en el futuro. Tanto el primero como la segunda podrán libremente apartarse del criterio allí sostenido⁴⁷⁶.

Cuantitativamente, de todos modos, no se trata de una herramienta de vasta recepción en el ámbito del máximo tribunal. Si se acude al listado de ‘*avis*’ emitidos desde la puesta en funcionamiento del instituto⁴⁷⁷, se aprecia que en el año 2006, 14 pronunciamientos fueron dictados de este modo; en 2007, 17; 12 en 2008; 4 en 2009; 8 en 2010; 11 en 2011.

5) El ‘filtro’ y otros mecanismos de descongestión en la casación francesa.

5.1) Introducción

⁴⁷⁵ CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 138.

⁴⁷⁶ Frente a la disconformidad que una de las salas tenga en el futuro respecto del criterio adoptado por la Corte a través del régimen del ‘*avis*’, corresponde la convocatoria a Asamblea Plenaria para que el tema sea resuelto, lo que –como puede imaginarse– ocurre en rarísimas ocasiones (v. BUFFET, Jean, “La *saisine pour avis* ...”, cit., quien para el año 2000, señalaba que dicha discrepancia sólo había producido en una oportunidad en la historia de la Corte).

⁴⁷⁷ Saludablemente la Corte de Casación publica la totalidad de las opiniones emitidas a través de este mecanismo “consultivo”, junto con las observaciones formuladas por el abogado general y el dictamen del juez designado como relator en la especie (v. la sección ‘*Avis de la Cour*’ en: <http://www.courdecassation.fr>).

a) Como fuera adelantado, el sistema francés no ha receptado en su seno un dispositivo de selección discrecional de admisión en sentido estricto, que le permita a sus superiores tribunales (Corte de Casación, Consejo de Estado, Consejo Constitucional) separar, de los recursos que llegan a su sede, aquéllos que resulten propicios para un adecuado ejercicio de su misión institucional.

Explica WEBER que esta opción corresponde a la “tradición francesa” en la materia, que, de este modo, se aleja de las “renombradas Cortes de casación o Cortes supremas extranjeras [que] conocen diversos mecanismos de filtro *a priori* a fin de evitar una congestión excesiva”⁴⁷⁸. La visión en la que se inspira este modelo, como ya se ha visto (v. en tal sentido la situación en Italia, *supra*, par. V.3) se basa en la consideración del instituto de la casación no sólo como un instrumento al servicio de finalidades públicas, sino como una “garantía” para los ciudadanos, en tanto salvaguarda final de los principios de legalidad y de igualdad de trato para quienes acuden a la jurisdicción estatal para remediar sus conflictos⁴⁷⁹.

Sin embargo, cabe adelantar que dicho panorama se ha modificado sensiblemente con la incorporación del procedimiento de “no admisión” en el año 2001. Dicho mecanismo le permite a la Corte desestimar, sin expresión de fundamentos, las impugnaciones carentes de “motivos serios de casación”, verificándose en la práctica un uso que aproxima a la institución a un verdadero filtro cualitativo, como se verá más adelante.

b) Luego de la frustrada experiencia de la *chambre des requêtes*, creada en 1790 y suprimida en 1947 por entenderse que sólo había provocado una dilación en la solución del pleito, sin cumplir con la función de “tamiz” para la que había sido pensada (v. *infra*, ap. 5.2.b)], se intentó en Francia, especialmente durante la segunda mitad del siglo pasado, remediar la sobrecarga de tareas a través de otros medios.

Uno de los caminos seguidos (explorado también en otras latitudes) fue el aumento de los jueces asignados en Casación y la creación de nuevas salas. Así,

⁴⁷⁸ WEBER, Jean-François, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 33; en el mismo sentido, CANIVET, Guy, “Propos introductifs”, en VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI, Soraya – CADJET, Loïc], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005, esp. p. 9

⁴⁷⁹ El Consejo Constitucional francés se ha expedido expresamente en tal sentido considerando que el recurso de casación “constituye para los justiciables una garantía fundamental que, en virtud del art. 34 de la Constitución, corresponde sólo al legislador reglamentar” (*Conseil Constitutionnel*, Decisión n° 80-113 L, del 14 de mayo de 1980, cit. por WEBER, Jean F., *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 33).

mientras entre los años 1900 y 1925 el número de magistrados del alto cuerpo había permanecido invariable en 48, en 1950 ya llegaban a 60, ascendiendo a 133 en 2000 y a 178 en 2005.

La ineficacia de ese remedio⁴⁸⁰ dio lugar al diseño de nuevos instrumentos destinados a abordar tal cuadro de situación. Así, en 1989 se modificó el Código Procesal Civil (*Code de procédure civile*), permitiendo a la parte recurrida solicitar al Presidente de la Corte la *extinción de los casos civiles en los que la sentencia atacada no haya sido ejecutada*, teniendo presente que el embate analizado *no tendría más efecto suspensivo* en esta materia. A través de este medio, obviamente se procura disuadir a quienes acuden a ese cuerpo con fines dilatorios. Ello así dado que, si el trámite ante dicha sede no puede proseguir hasta tanto se demuestre el cumplimiento del fallo en crisis, el impugnante no podría ya beneficiarse del *onus* temporal que requiere la resolución del caso.

La regulación actual de este instrumento se encuentra, como fuera adelantado (v. *supra*, ap. 3.2]) en los arts. 1009-1 a 1009-3 del CPC Fr. Según el primer dispositivo, el Presidente de la Corte puede decidir, a pedido de la recurrida y luego de haber recabado el dictamen del Procurador General y las observaciones de las partes, la paralización de un caso en el que el impugnante no hubiera demostrado el cumplimiento de la decisión atacada, a menos que la ejecución del mandato aludido fuera imposible o pudiera tener consecuencias “manifiestamente excesivas”. De tal modo, si en el plazo de perención de la instancia casatoria, el recurrente no demostrara haber cumplido la sentencia en crisis el Presidente puede, incluso de oficio, declarar la caducidad, extinguiendo así el trámite del embate (conf. art. 1009-2, CPC Fr.)

Estadísticamente, por aplicación de este sistema, en el año 2009 la Corte verificó de oficio y extinguió por caducidad de instancia 1301 causas (un 6% aproximadamente del contencioso civil total culminado ante sus estrados)⁴⁸¹; en 2010, lo hizo en 974

⁴⁸⁰ La insuficiencia de los “instrumentos de producción” como el aumento de los jueces de la Corte, técnicas de tratamiento en masa, etc., son destacados por CANIVET (Presidente del máximo tribunal), quien ha señalado que “la verdadera modificación de la naturaleza de la casación” se produjo al pasar de ser una “jurisdicción de composición reducida a una veintena de miembros, repartidos entre una sala criminal y una sala civil y tratando algunas centenas de recursos” a una “jurisdicción plétórica de más de 200 jueces, dividida en un número infinito de formaciones contenciosas, tratando varias decenas de miles de recursos cada año” (CANIVET, Guy, “Propos introductifs”, en VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI, Soraya – CADIET, Loïc], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005, pp. 5-11, esp. p. 6).

⁴⁸¹ Conf. COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2009*, cit., p. 484.

oportunidades (4,89% del total) y en 2011, decretó un total de 772 caducidades entre las pedidas por las partes y las dictadas de oficio.

c) De todos modos, la novedad más significativa en lo concerniente a los instrumentos de descongestión pergeñados en Francia, es el “filtro” o “procedimiento de no-admisión”, al que nos dedicaremos a continuación.

5.2) *El ‘filtro’ en la casación francesa (2001)*

a) *Generalidades*

La verdadera introducción de un *mecanismo de “filtro”* en el ámbito de la casación civil recién tuvo lugar en junio de 2001, cuando se modificó el Código de la Organización Judicial (artículo L.131-6), a efectos de permitirle a la Corte, luego de analizado el caso por una formación ‘*a trois*’ (tres jueces de la sala respectiva), desestimar los recursos inadmisibles o que carezcan de motivos “serios” de casación, sin expresar mayores fundamentos⁴⁸².

En la actualidad (luego de la sistematización introducida por el decreto n° 522, del 22 de junio de 2008), dicho mecanismo se encuentra regulado principalmente en los arts. L. 431-1 del Código de la Organización Judicial y 1014 del CPC francés⁴⁸³. El primero de ellos se refiere, en general, a la formación restringida de la Sala, a la que

⁴⁸² V., respecto de la reforma del año 2001 y la incorporación del “filtro” en la casación francesa: VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI, Soraya – CADIET, Loïc], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005, *pásim*; BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit. pp. 73-74 y 659-662; JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle– BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, ob. cit., pp. 13-16; WEBER, Jean-François, *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 37-39; CADIET, Loïc, “El sistema de la casación francesa”, en VVAA [ORTELLS RAMOS, Manuel: coord.], *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, cit., pp. 34-35; CANIVET, Guy, “La procédure d’admission des pourvois en cassation - Bilan d’un semestre d’application de l’article L. 131-6 du Code de l’organisation judiciaire”, en *Recueil Le Dalloz*, n° 28, 2002, pp. 2195-2199; COTTIN, Marianne, “La Cour de cassation se dote d’une procédure d’admission des pourvois en cassation”, en *Recueil Le Dalloz*, n° 9, 2002, pp. 748-750; CADIET, Loïc - NORMAND, Jacques - AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, Thémis – Presses Universitaires de France, 2010, pp. 946-952; BARDUC, Elisabeth, “La régulation des pourvois: exécution préalable et modes de sélection”, en *Le juge de cassation à l’aube du 21ème siècle, Actes du premier Congrès de l’Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l’usage du français, Marrakech - 17 au 19 mai 2004*, pp. 45-49; AMRANI-MEKKI, Soraya, “La sélection des pourvois à la Cour de Cassation”, en VVAA [Dir.: José BONET NAVARRO; Coord.: José M. PASTOR], *El recurso de Casación Civil*, Aranzadi, 2010, §10, 629-654, esp. p. 636).

⁴⁸³ La nueva sistematización adoptada por la reforma de 2008, por la que la ‘*procédure de non-admission*’ queda fundamentalmente dentro de los confines del Código Procesal francés, responde a una indicación previamente formulada por la doctrina, en el sentido de que la ubicación original del instituto en el Código de la Organización Judicial era impropia de su naturaleza. Así lo sostenía AMRANI-MEKKI durante la vigencia del art. 131-6 del COJ, explicando que el filtro analizado constituye un problema de procedimiento más que de organización interna de la Corte de Casación (AMRANI-MEKKI, Soraya, “Les textes organisant la non-admission ds pourvois en cassation en droit français”, en VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI, Soraya – CADIET, Loïc], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, ob. cit., pp. 19-31 [esp. pp. 21-22]).

oportunamente hiciéramos referencia (v. *supra*, ap. 2.2]) y que, entre otras potestades, tiene a su cargo la aplicación de la ‘*procédure de non-admission*’. El segundo precepto constituye la clave de bóveda del instituto, ya que se refiere a las causales que permiten su utilización para cerrar el paso de recursos inadmisibles o carentes de “seriedad”.

Los transcribimos a continuación:

Art. L. 431-1 del COJ: “Los casos sometidos a una sala civil son examinados por una formación de tres magistrados pertenecientes a la sala a la que aquéllos son remitidos.

Esta formación resuelve cuando la solución del recurso se impone. En caso contrario, ella reenvía el examen del recurso a la audiencia de la sala [...]”.

Art. 1014 del CPC Fr.: “Luego de depositadas las memorias, esta formación⁴⁸⁴ declarará no admitidos los recursos *inadmisibles* o *no fundados en un motivo serio de casación*” [traducción y énfasis propios]

Como puede advertirse, si bien el resorte aludido no tiene las características de un verdadero instrumento de “selección discrecional” de casos de acuerdo a su “trascendencia” (al estilo del *certiorari* norteamericano o del *permission to appeal* inglés), la calificación de aquello que constituye un motivo “serio” de casación y la ausencia de justificación de la decisión desestimatoria, confiere al máximo tribunal un amplio poder de apreciación sobre la admisibilidad de los recursos interpuestos ante su seno, por más que reiteradamente se sostenga que dicha apreciación recae sobre criterios de “legalidad” y no de “oportunidad” (v. *infra*, ap. c]).

b) Antecedentes.

Algunos antecedentes del instituto analizado han sido encontrados en los orígenes mismos de la institución.

Así, durante la vigencia del *Conseil des parties* creado por el *Ancien regime* para que el monarca controle el adecuado ejercicio de la justicia delegada, se recuerda la presencia de un cuerpo de selección de recursos: el ‘*bureau des requêtes*’, destinado, como lo explica AMRANI-MEKKI⁴⁸⁵, a excluir de este ámbito de revisión “los recursos vejatorios y mal fundados”. El sistema de marras fue adoptado luego de la revolución,

⁴⁸⁴ Se refiere a la formación restringida (de tres jueces) del art. 431-1 antes transcripto, sobre la que –por otra parte– nos hemos detenido oportunamente (v. *supra*, ap. 2.2.b]).

⁴⁸⁵ AMRANI-MEKKI, Soraya, “Les textes organisant la non-admission ds pourvois en cassation en droit français”, cit. p. 19.

formando parte del diseño prístino del Tribunal de Casación (Ley del 27 de noviembre y 1º de diciembre de 1790).

El funcionamiento del *bureau*, transformado en el siglo XIX en una de las salas de la Corte (la ‘*Chambre des requêtes*’), recibió fuertes críticas, basadas fundamentalmente en la demora que ocasionaba su actuación y en la incunstancia de que dicho cuerpo terminaba sentando una jurisprudencia propia en la fase de admisión, contrastante muchas veces con la adoptada por las salas encargadas de analizar el mérito de los asuntos. Por lo que su actuación, en definitiva, fue sobrevinientemente percibida como un paso dilatorio, ubicado innecesariamente en el trámite del recurso y que, por otra parte, afectaba la finalidad uniformadora de la casación, al desarrollar su propia doctrina inconstistente con la de la sala civil. Es por ello que en 1947, la ‘*Chambre des requêtes*’ fue suprimida de la estructura del máximo tribunal⁴⁸⁶.

Sin perjuicio de dichas primeras manifestaciones históricas, se reconoce en general que el antecedente inmediato del filtro actualmente en vigor se encuentra en el *régimen impugnativo ante el Consejo de Estado francés* (órgano que, como es sabido, cumple las funciones de uniformación de la interpretación de la ley en materia contencioso-administrativa). En efecto, desde 1987 (ley nº 87-1127, del 31 de diciembre) los recursos de casación que tramitan ante dicho alto cuerpo, pasan por una fase previa de admisión, en la que pueden ser descartados por los mismos motivos que ahora forman parte del instrumental de la Corte de Casación⁴⁸⁷ (es decir, la inadmisibilidad del embate o la presencia de ‘*moyens non sérieux*’, a los que haremos referencia a continuación)⁴⁸⁸. Así lo prevé el art. L 822-1 del Código de Justicia Administrativa (*Code de justice administrative*):

⁴⁸⁶ V. WEBER, Jean-François, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 20; AMRANI-MEKKI, Soraya, “Les textes organisant la non-admission des pourvois ...”, cit., p. 20.

⁴⁸⁷ Es de destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de la Corte de Casación, en el que la resolución respectiva adopta forma colegial, el filtro ideado en el ámbito del Consejo de Estado francés puede ser aplicado, en ciertas hipótesis, por el Presidente del alto cuerpo, en decisión monocrática o unipersonal (v. VIGOUROUX, Christian, “La non-admission des recours au Conseil d’État”, en VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI – CADIET], *La sélection des pourvois ...*, ob. cit., p. 40; AMRANI-MEKKI, Soraya, “La selection des pourvois a la Cour de cassation”, cit., § 7, nota nº 26.

⁴⁸⁸ V. VIGOUROUX, Christian, “La non-admission des recours au Conseil d’État”, cit. pp. 33-42; CADIET, Loïc – NORMAND, Joaques – AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, ob. cit., § 287, pp. 948-950.

“El recurso de casación ante el Consejo de Estado será objeto de un procedimiento previo de admisión. La admisión será rechazada por decisión jurisdiccional si el recurso fuera inadmisibile o no estuviera fundado en algún motivo serio”

Se inauguraba así legislativamente la corriente que habilita a los organismos ubicados en el vértice de la jurisdicción (en este caso: administrativa), el uso del estándar de la “seriedad” de los motivos alegados como instrumento de “selección” de recursos.

Explica VIGOUROUX que, por aplicación de dicho mecanismo, alrededor de la mitad de los recursos son admitidos por el Consejo de Estado, aunque con la aclaración que no se trata de una selección “discrecional”, sino de la aplicación de criterios “jurisdiccionales” de decisión, lo que –a su entender- implica que todo asunto es analizado y decidido⁴⁸⁹. En cuanto a los parámetros aplicados para valorar la existencia de ‘*moyens non-sérieux*’, el autor citado precisa que, que en la práctica, el *Conseil d’État* suele admitir las impugnaciones deducidas cuando: i) de la misma se deriva con evidencia la existencia de argumentos serios; ii) se presenta una hipótesis dudosa (desacuerdo entre quienes han examinado el expediente sobre la admisibilidad del recurso); iii) el asunto debatido es novedoso; iv) se advierte la conveniencia de reevaluar una jurisprudencia anterior, para modificarla o aclarar sus alcances⁴⁹⁰.

c) *Causales*.

Examinados brevemente los antecedentes del instituto, cabe que nos aboquemos ahora a las dos hipótesis en las que el “filtro” puede ser aplicado en el ámbito de la casación civil, de conformidad con lo normado en el citado art. 1014 del CPC Fr. Ellas son:

i) La *indamisibilidad* (*irrecevabilité*) del embate, es decir, el incumplimiento de los recaudos formales previstos para la apertura de la instancia casatoria (vg., legitimación, plazo, sentencia recurrible, representación de un *avocat à la Cour de Cassation*, etc.)⁴⁹¹. Se ha señalado que la Corte reserva este motivo para hipótesis “evidentes”, pese a la ausencia de dicho calificativo en la norma de referencia. De tal modo –según lo explica

⁴⁸⁹ VIGOUROUX, Christian, “La non-admission des recours au Conseil d’État”, cit., esp. pp. 34, 38 y 42.

⁴⁹⁰ VIGOUROUX, Christian, *ob. cit.*, pp. 38-39.

⁴⁹¹ CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, ob. cit., pp. 49-56, 72-74;

uno de los presidentes de Sala del máximo tribunal- no se elude la discusión y publicación de decisiones sobre cuestiones novedosas o delicadas de admisibilidad, susceptibles de constituir un aporte doctrinal⁴⁹².

Como puede verse, la primera causal no trae mayores complicaciones, dado que no pone en debate la posible conculcación del “derecho al recurso” o al tratamiento adecuado (no arbitrario) de una vía impugnativa prevista por el ordenamiento. Se trata de una categoría tradicional (la inadmisibilidad) que encuentra en este ámbito una forma posible de declaración⁴⁹³.

ii) La *ausencia de “motivos serios”* (“*moyens non sérieux*”). Estamos ante la principal innovación de la norma y la que más se relaciona con la materia objeto de esta investigación, por lo que le dedicaremos mayor atención⁴⁹⁴.

Como puede verse, el presupuesto de aplicación de esta causal constituye una cláusula abierta susceptible de operar como una importante válvula de cierre, ya que, al permitir al máximo tribunal definir el grado de “seriedad” de la denuncia que porta la impugnación examinada, brinda ocasión para concentrar la atención de la Corte en los temas que conciernen a su finalidad institucional.

Hay quienes han considerado que se trata de una transformación verdaderamente “revolucionaria”⁴⁹⁵, mientras que otros ponen en duda tal entidad de la

⁴⁹² WEBER, Jean F., *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 38. Cabe destacar, sin embargo, la opinión contrastante de AMRANI-MEKKI, quien hace hincapié en la ausencia de referencia al carácter “manifiesto” de la inadmisibilidad en el texto de la ley, expresión que –agrega– se mostraría inútil en este ámbito: “... es notable que el texto no utilice la fórmula ‘manifiestamente inadmisibile’. El adverbio manifiestamente que figuraba en el proyecto de 1994, no parecía útil. Esta solución es paradójica. El artículo 131-6 del Código de la organización judicial precisa que la formación de tres magistrados puede resolver sobre el asunto si la solución se impone. Por lo tanto, para no admitir el recurso y abstenerse así de juzgarlo, basta su inadmisibilidad. No se exige que sea manifiesta o que salte a la vista, que sea evidente...” (AMRANI-MEKKI, Soraya, “Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français”, cit. p. 24).

⁴⁹³ V. COTTIN, Marianne, “La Cour de cassation se dote d’une procédure d’admission des pourvois en cassation”, cit., p. 749 y nota n° 13, señalando que esta primera causal examinada no es discutible desde la perspectiva del derecho a recurrir en casación, ya que, “como toda acción en justicia, el recurso está sometido a condiciones de extinción, de preclusión y de admisibilidad” que, en el ámbito de la casación “son aun más rigurosos”.

⁴⁹⁴ Por otra parte, es de advertir que, en términos cuantitativos, las decisiones de “inadmisión” basadas en la ausencia de “motivos serios” superan ampliamente a aquellas que se justifican en la inadmisibilidad propiamente dicha (*irrecevabilité*). En tal sentido, señala AMRANI-MEKKI que sólo el 4% de los casos de aplicación del art. 1014 del CPC Fr. se refieren a este último supuesto (AMRANI-MEKKI, Soraya, “La selection des pourvois a la Coue de cassation”, cit. § 11).

⁴⁹⁵ PERDRIAU, André, “La non-admission des pourvois”, en *JCP / La Semaine Juridique – Edition Générale*, n° 47, 20 de noviembre de 2002, pp. 2061-2071 (esp. §97-100).

reforma⁴⁹⁶. En cualquier caso, la misma ha despertado el interés tanto de la doctrina como de los operadores del sistema, para intentar discernir sus alcances y condiciones de funcionamiento.

Como fuera anticipado, una primera característica que se suele destacar en el mecanismo analizado, es la *ausencia de poderes abiertamente discrecionales* en cabeza del máximo tribunal para la elección de los asuntos a resolver. Se considera, en efecto, que el filtro incorporado por la norma se apoya en criterios de “legalidad” y no de “oportunidad”, por lo que no se trata de discriminar entre recursos más o menos “importantes”, “interesantes” o “dignos de atención”, sino de impedir el paso de aquellos que no contengan argumentos suficientes para justificar su tratamiento fondal⁴⁹⁷.

En tal sentido, BUFFET ha definido a la seriedad de los motivos invocados, considerando que los mismos cumplirán dicha condición cuando sean “*reales o al menos suficientemente consistentes como para merecer ser alegados, sostenidos, puestos en consideración y tener chances de ser objeto de discusión y reflexión*”⁴⁹⁸.

Con la alocución “motivos no-serios” (*moyens non sérieux*), el legislador también se apartó de expresiones postuladas en iniciativas anteriores y vigentes en el derecho

⁴⁹⁶ V. AMRANI-MEKKI, Soraya, “La selection des pourvois a la Cour de Cassation”, cit., § 1. Con mayor énfasis, v. BORÉ, Jacques, “Pourvoi en cassation”, en *Encyclopédie Dalloz*, 2008, esp. § 865; BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit. pp. 660-661, quien duda del carácter revolucionario de la reforma, recordando que antes de la ley de 2001, la Corte ya había desarrollado una técnica sentencial de motivación muy breve para ciertos casos, por lo que –a su juicio– el impacto de la modificación “es más psicológico que jurídico”.

⁴⁹⁷ V. en tal sentido, BUFFET, Jean, “Le critère de la non-admission: quelle rationalité?”, en VVAA (Dir.: AMRANI-MEKKI - CADIET), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, ob. cit., pp. 103-109, esp. p. 104-105 (señala allí el Presidente de Sala de la Corte de Casación y autor del proyecto de ley que derivara en la reforma de 2001, la naturaleza “jurisdiccional” de la decisión de no-admisión y la ausencia de “selección” propiamente dicha, dado que las normas pertinentes no hacen referencia a la existencia de asuntos “carentes de interés, indignos de ser examinados” sino de motivos privados de “seriedad”, lo que aleja al sistema de parámetros subjetivos o de oportunidad); AMRANI-MEKKI, Soraya, “La selection des pourvois ...”, cit., § 3 (indicando que la “selección” habilitada por la norma se apoya en criterios de “legalidad” y no de “oportunidad”, lo que, “al menos en apariencia” el sistema se muestra compatible con una “concepción democrática” del Poder Judicial y aleja a la Corte de una concepción “aristocrática” de su función) [en el mismo sentido: CADIET, Loïc – NORMAND, Jacques – AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, ob. cit., § 286, p. 948).

Sobre la concepción “democrática” y “aristocrática” en su aplicación al instituto analizado, v. las categorías de BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, ob. cit., pp. 67-68. Como fuera explicado oportunamente, no compartimos en general los criterios utilizados para dicha distinción de “concepciones”, especialmente cuando se pretende definir la concepción “aristocrática” de un superior tribunal por la mera existencia de instrumentos de selección como el ‘certiorari’ norteamericano o el “permiso para apelar” inglés, o por la orientación institucional de dicho cuerpo a atender sólo los casos que le permitan “adaptar el derecho a la evolución de la sociedad” y no remediar cualquier error jurídico cometido por tribunales de grado.

⁴⁹⁸ BUFFET, Jean, “Le critère de la non-admission: quelle rationalité?”, cit. p. 108.

comparado, asociadas con la “manifiesta infundabilidad” del recurso⁴⁹⁹. Tampoco en este caso la opción terminológica ha sido casual, ya que se ha pretendido evitar que se confundan, en esta fase del procedimiento, la aplicación de criterios de admisión con otros propios de la resolución de mérito (“fundabilidad” del embate). Se busca así introducir una categoría previa, la de la “seriedad” de los argumentos del quejoso, intentando distinguirla del análisis sobre el acierto fondal de la crítica deducida, que sólo podrá ser examinada por el colegio al emitir su pronunciamiento de mérito⁵⁰⁰.

Se trata, de todos modos, de una subclasificación siempre difícil de delinear con precisión, lo que no ha pasado desapercibido en la doctrina francesa⁵⁰¹. Incluso importantes operadores del sistema han señalado que la Corte reserva la aplicación de esta variante del art. 1014 del CPC Fr., a supuestos en los que el recurso se muestra *a priori* como condenado al fracaso, por exhibirse manifiestamente infundado o evidenciar un ejercicio abusivo del derecho a recurrir en casación⁵⁰². Con lo que, obviamente, la

⁴⁹⁹ Un proyecto de reforma de 1979 buscó consagrar la atribución de la Corte de casación de desestimar liminarmente recursos “manifiestamente infundados”, criterio este último adoptado en el derecho comparado. Así, por ejemplo, la “manifiesta infundabilidad” da lugar en Italia a la resolución por trámite abreviado del recurso de casación, ante la ‘*Cámara di Consiglio*’, aunque no ha sido incluido en la última reforma de 2009 dentro de los supuestos de aplicación del “filtro” (art. 360 bis, CPC It.). En España, por su parte, el parámetro de referencia fue incluido por la reforma de 1992 en el léxico de la anterior LEC de 1881 que, en su art. 1710.3 (texto conf. ley 10/1992), también autorizaba al Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación cuando “carezca manifiestamente de fundamento”, sistema actualmente suplantado por la LEC 1/2000, trasladando el eje de admisión a la valoración del “interés casacional”, como luego veremos (v. *infra*, par. VII).

⁵⁰⁰ V. en tal sentido, BUFFET, Jean, “Le critère de la non-admission: quelle rationalité?”, op. y loc. cit., quien luego de definir la seriedad de los motivos casatorios del modo que acabamos de ver en el texto, concluye que “debe ser desechada toda asimilación entre el motivo infundado y el carente de seriedad”.

Por su parte, AMRANI-MEKKI, Soraya, “Les texts organisant la non-admission...”, cit., esp. p. 24-25; *id.*, “La selection des pourvois ...”, § 12, expresa de este modo las razones para la modificación de la terminología anteriormente utilizada en el proyecto de ley de 1979 (v. nota al pie anterior): “El término ‘fundado’ significa ‘justificado en derecho o establecido en los hechos’. Hacer referencia al fundamento reenvía inevitablemente al control de fondo, a un control jurídico del valor del recurso y del o de los motivos que contiene. Es esta ciertamente la razón por la que se prefiere el término ‘motivo serio’”. Sin embargo, aclara a continuación la autora que la interacción de ambas categorías se mantiene en cierta medida, toda vez que el art. 1014 del CPC Fr. hace referencia a recursos “no *fundados*” en “motivos serios”.

⁵⁰¹ V. AMRANI-MEKKI, Soraya, “La selection des pourvois ...”, § 13, indicando el temor a que, en ocasión del análisis propio de la utilización del “filtro”, se “prejuzgue” sobre del fondo del asunto, con lo que, en última instancia, se borraría toda distinción entre la sentencia de mérito desestimatoria del embate y una decisión de “no-admisión”.

⁵⁰² CANIVET, Guy, “Propos introductifs”, cit., p. 9, señalando en este aspecto: “La forma más apropiada de control de acceso es, por consiguiente, la de verificar que las denuncias de ilegalidad formuladas contra la decisión, *no estén manifiestamente desprovistas de seriedad*. Ello consiste en *desechar los recursos evidentemente condenados al fracaso*. Se trata de una eliminación *a priori* sobre la base de un criterio de *evidencia de inadmisibilidad* o de *ausencia de fundamento* ... En definitiva, la libertad de acceso no está restringida sino a casos de abuso. *Es el abuso del derecho de accionar en casación el que resulta sancionado por la no-admisión del recurso*” (*ibid.*, traducción y énfasis propios).

distinción inicial entre “falta de seriedad” y “evidente infundabilidad”, si pudiera tener algún asidero teórico, se desvanece en la práctica.

En tales condiciones, las hipótesis que más favorecen la actuación del dispositivo aludido son, por ejemplo: la presencia de argumentos novedosos [*‘moyens nouveaux’*] (que, como fuera anticipado, no pueden ser articulados en casación, v. *supra*, 3.1.b)); la alegación de cuestiones de hecho o de motivos en los que se confunden cuestiones de hecho y de derecho (*‘mélange de fait et de droit’*, v. *supra, ibíd*); la articulación de agravios hipotéticos, insusceptibles de modificar el sentido de la sentencia o dirigidos contra parcelas del decisorio desarrolladas a “mayor abundamiento”; o la denuncias de infracción normativa que se oponen a una jurisprudencia consolidada de la Corte⁵⁰³.

En otro orden de consideraciones, cabe destacar que, al igual que lo que ocurre en los países que cuentan con mecanismos de selección discrecional *‘stricto sensu’* (vg., el *writ of certiorari* de los EEUU), la desestimación del embate por aplicación del art. 1014 del ordenamiento adjetivo examinado, *no importa pronunciamiento alguno respecto de la legitimidad del fallo en crisis*. En tal sentido, la Corte de Casación ha señalado que “la decisión de ‘no admisión’ expresa más la debilidad de los motivos (o de ciertos motivos) presentados, que el valor de la sentencia atacada⁵⁰⁴.”

Finalmente, en cuanto a los alcances de la decisión desestimatoria, es del caso puntualizar que la misma puede ser *parcial*. Es decir, que si bien el art. 1014 del CPC Fr., se refiere a la inadmisión de “los recursos”, se entiende posible descartar sólo algunos de los argumentos incluidos en aquéllos (por exhibir cualquiera de los defectos que

⁵⁰³ V. CANIVET, Guy, “La procédure d'admission des pourvois en cassation - Bilan d'un semestre ...”, cit. p. 2197; BLONDEL, Philippe, “Le critère de la non-admission: quelle rationalité?”, en VVAA (Dir.: AMRANI-MEKKI - CADIET), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, ob. cit., p. 92; BUFFET, Jean, “Le critère de la non-admission: quelle rationalité?”, cit. p. 109 (aclarando, en cuanto a la causal basada en la existencia de jurisprudencia consolidada, que un solo precedente contrario a la tesis del recurrente, por más que sea reciente, no permite guiar el trámite hacia la “no-admisión”, salvo que haya sido dictado por las formaciones más solemnes del máximo tribunal; y también señalando que ello no debe detener la evolución de la jurisprudencia, por lo que el recurso debe ser admitido cuando existan razones serias para su reexamen); AMRANI-MEKKI, Soraya, “La selection des pourvois ...”, § 15, apuntando que algunas de las hipótesis expresadas en el texto no están exentas de dificultades, por lo que entiende que se trata de una “cuestión de medida”, en la que “sería bueno no utilizar el filtro en demasía”. En tal sentido cita, como ejemplo, la condena a Francia por parte de la Corte de Estrasburgo en el caso *Dulaurans*, por un error manifiesto de apreciación por parte de la Corte de Casación al calificar a un agravio como novedoso, antes de la vigencia del instituto examinado (Corte EDH, 3º sección, *Dulaurans c. France*, Requête n° 34553/97, sent. del 21 de marzo de 2000).

⁵⁰⁴ Corte de Casación, sala 3º Civil, sent. del 10 de marzo de 2009, recurso n° 07-20.691 (cit. por WEBER, Jean François, “Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile”, en COUR DE CASSATION, *Bulletin d'information*, Journaux officiels, n° 702, mayo 2009, pp. 6-17 [esp. p. 14])

impiden su abordaje), tolerando que las restantes cuestiones articuladas superen este valladar y puedan ser resueltas en el fondo⁵⁰⁵.

d) Procedimiento y decisión de “no-admisión”. Quid de la ausencia de motivación.

Ya ha sido explicado el trámite general del recurso de casación y, especialmente, el funcionamiento de la “formación restringida” de tres jueces (pertenecientes a la Sala a la que ha sido asignado el caso y que lo tratará en caso de ser admitido), a la que corresponde examinar la aplicación del “filtro” (v. *supra*, esp. ap. 2.2.b] y 3.2]).

Sintetizando lo allí expresado, cabe recordar que todos los embates llevados a esta instancia son examinados previamente por la aludida ‘*formation a trois*’, que, entre otras atribuciones, le cabe expedirse sobre la aplicación del instituto previsto en el art. 1014 del CPC Fr. En tal ámbito, el caso es asignado inicialmente a un juez “relator” (*rapporteur*), quien será el primero que podrá verificar la presencia de las hipótesis que tornan aplicable la ‘*procédure de non-admission*’, observaciones que quedarán plasmadas en una ficha normalizada. Para ese momento, el contradictorio ya estará trabado mediante las memorias de cada una de las partes relativas a la procedencia o improcedencia del recurso (v. *supra*, ap. 3.2)⁵⁰⁶.

Cabe advertir que la sugerencia del juez relator acerca de la posibilidad de derivar un determinado caso al mecanismo abreviado de “inadmisión”, no es irreversible, ya que puede ser reconsiderada a partir del pedido formulado por el letrado del quejoso⁵⁰⁷, por requerimiento del “abogado general” (representante del Ministerio

⁵⁰⁵ Esta posibilidad de inadmisión parciales (o por motivos) es la que ha dado lugar a que la aplicación del estándar de la falta de seriedad del art. 1014 del CPC Fr., haya tenido lugar incluso ante las formaciones más solemnes de la Corte, como las Salas Mixtas o la Asamblea Plenaria (v. AMRANI-MEKKI, Soraya, “Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français”, cit., p. 26; sobre las distintas formaciones del máximo tribunal, v. *supra*, ap. 2.2]).

⁵⁰⁶ La salvaguarda del principio de bilateralidad previo a la “no-admisión” del recurso constituye una diferencia entre el régimen de la casación civil y el imperante en materia contencioso-administrativa, en el que la decisión homóloga del Consejo de Estado se dicta liminarmente, sin instrucción previa del contradictorio (v. CANIVET, Guy, “La procédure d’admission des pourvois en cassation...”, cit., p. 2196; CADIET, Loïc – NORMAND, Jacques – AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, ob. cit., § 288, p. 951; COTTIN, Marianne, “La Cour de cassation se dote d’une procédure d’admission des pourvois en cassation”, cit. p. 749), régimen que ha sido justificado en la circunstancia de que la parte recurrida “nada tiene que temer respecto de una decisión que rechace la admisión del recurso de su adversario” (v. VIGOUROUX, Christian, “La non-admission des recours au Conseil d’État”, cit., pp. 40-41, recordando las palabras del Ministro de Justicia francés, Albin CHALANDON, al explicar la *ratio* del dispositivo durante el trámite parlamentario del proyecto de ley que –como fuera anticipado– incorporara en 1987 este mecanismo de “filtro” en el ámbito de la casación contencioso-administrativa).

⁵⁰⁷ Durante la tramitación ante la Corte, las partes toman conocimiento de la decisión de remitir la causa a la ‘*procédure de non-admission*’ y de los fundamentos sostenidos por el juez relator (*counseiller rapporteur*) para

Público en Casación, dependiente del Procurador General) o por decisión de la sala misma a la que fue remitido el caso. De ser atendibles las razones por las que se plantea la “reorientación” del trámite, el recurso superará el valladar de admisión, para ser juzgado en su mérito de conformidad con las reglas generales aplicables según el caso (v. *supra*, aps. 2.2] y 3.2]).

No ocurre lo mismo con la resolución que, al final de este procedimiento, aplica el “filtro” previsto en el art. 1014 del CPC Fr., rechazando así el recurso por inadmisión o por carecer de motivos serios para abrir la instancia casatoria.

Dicha decisión es, por regla, irrecurrible. Sin embargo, en la práctica, se ha reconocido la posibilidad de revisión de la sentencia desestimatoria mediante una solicitud de reconsideración articulada por la parte afectada (*requête en rabat d'arrêt*). Se trata de un pedido de anulación de la decisión de la Corte de Casación, fundado en la comisión de un error procesal no imputable al peticionante. Tradicionalmente, dicha vía impugnativa ha sido reservada para hipótesis excepcionales. Sin embargo, en la actualidad, ha recobrado vigor, precisamente a partir del desarrollo del trámite de “no-admisión” que venimos examinando, dado que se presenta como un remedio final al que las partes pueden extraordinariamente acudir, frente a una grave equivocación del alto cuerpo en la aplicación del “filtro”⁵⁰⁸.

sustentar tal abordaje del embate. Es por ello que están en condiciones de formular las observaciones del caso para evitar que el embate sea abortado en los términos examinados en el texto (esto es: por ausencia de recaudos formales o de “motivos serios”). Sin embargo, tal “reorientación” del trámite no es frecuente —entre el 5 y el 9% entre 2002 y 2005— (v. JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle— BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, p. 15-16; WEBER, *La Cour de cassation*, ob. cit., p. 39).

Es de destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que las partes deben tener oportunidad de conocer los argumentos por los que el máximo tribunal pretenda rechazar o declarar extinguido un recurso de casación, si los mismos son advertidos de oficio (Corte EDH, caso *Skondrianos et autres v. Grèce*, n° 63000/00, 74291/01 y 74292/01, sent. del 18 de diciembre de 2003, § 30; íd., 3° sección, caso *Clinique des Acacias et autres c. France*, Requetes n°s 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01, sent. del 13 de octubre de 2005). Principio en realidad extendido en las restantes instancias y fueros, como derivación del principio de contradicción amparado en la garantía del debido proceso, art. 6 §1, Convención Europea de Derechos Humanos: v. Corte EDH, 3° sección, Caso *Kök c. Turquie*, Requête n° 1855/02, sent. del 19 octubre 2006, §45; íd., 4° sección, casos *Aksoy (Eroglu) c. Turquie*, requête n° 59741/00 y *Güner Çorum c. Turquie*, requête n° 59739/00, ambos con sent. del 31 de octubre de 2006).

⁵⁰⁸ V. ATIAS, Christian, “Le développement du rabat d'arrêts de la Cour de Cassation”, en *Gazette du Palais*, Lextenso, Paris, febrero de 2010, pp. 15-16; AMRANI-MEKKI, Soraya, “La selection des pourvois a la Cour de cassation”, cit. § 30; íd., “Les textes organisant la non-admission ...”, cit., pp. 29-30 (destacando que la previsión general de un recurso contra la decisión de inadmisión podría ser contraria al espíritu mismo del instituto, aunque, en la práctica, sea a través del ‘*rabat du arrêt*’ o de una petición informal de revisión incoada ante el Presidente de la Corte sería posible solicitar un nuevo examen de la cuestión, estrategia que —agregadamente— debería ser utilizada con prudencia por parte de los ‘*avocats aux Conseils*’ y quizás ser formalizada mediante algún “protocolo de acuerdo” entre el máximo tribunal y dicho cuerpo de letrados especializados).

Como fuera anticipado, la providencia que desestima el recurso sobre la base de lo normado en el art. art. 1014 del CPC Fr., *carece sustancialmente de motivación*.

En los hechos, la resolución respectiva se instrumenta mediante un formulario breve en el que, luego de citar la norma de marras, se indica que el motivo de casación “no es de los que por su naturaleza permita la admisión del recurso”⁵⁰⁹. Así, acudiendo al ejemplo tomado por JOBARD-BACHELLIER y BACHELLIER de la jurisprudencia del máximo tribunal⁵¹⁰:

“Visto el artículo L. 131-6 del Código de la organización judicial⁵¹¹:

Atento que el motivo de casación anexo a la presente decisión, invocado contra la decisión atacada, no es de la naturaleza que permita la admisión del recurso;

DECLARA no admitido el recurso”.

Luego de la resolución se agregan en “anexo” los argumentos articulados en el recurso, lo que, de alguna manera, permite a los interesados examinar el modo en que los mismos fueron encuadrados en el caso concreto y, por fuera de éste, concretar alguna sistematización general de aquello que la Corte considera un motivo casacional “serio”. Si bien puede ser discutible que la remisión contenida en la resolución y la indicación sumaria de los motivos del recurso determinada en el anexo, puedan suplir la exigencia de *motivación* que rige en general en el ámbito jurisdiccional, lo cierto es que, al menos, puede ser vista como un aporte positivo a la *transparencia* en el uso del “filtro” (v. sobre la distinción entre motivación y transparencia en esta materia, *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 3.4).

e) *El ‘filtro’ francés ante el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Control de convencionalidad del “procedimiento de no-admisión”.*

⁵⁰⁹ CADIET, Loïc, “El sistema de la casación francesa”, cit., p. 34; BORÉ – BORÉ, *La cassation ...*, ob. cit., p. 661.

⁵¹⁰ Corte de Casación, sala 1° Civil, del 28 de junio de 2003 (recurso n° 01-11927), cit por JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle – BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation ...*, ob. cit., p. 14.

⁵¹¹ Se refiere al texto anterior a la reforma del año 2008 (actualmente: art. 1014 del CPC Fr.).

Para un ejemplo con la cita actualizada, aunque con la aplicación de idéntico formulario, v. Corte de Casación, Sala Comercial, Financiera y Económica, sent. del 24 de noviembre de 2009, recurso n° 08-18.028 (puede consultarse junto con los motivos de casación “anexos” en http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/cass08d05_nov09.pdf)

Es interesante analizar los principales precedentes emanados del sistema de tutela supranacional de los derechos y garantías fundamentales del hombre, vigente desde hace más de medio siglo en el viejo continente y renovado en el tiempo hasta la actualidad⁵¹². En tal sentido, puede apuntarse anticipadamente que los instrumentos que venimos estudiando, por los que se permite que un tribunal ubicado en el vértice del sistema de justicia pueda desestimar los recursos llevados a sus estrados, sin necesidad de una motivación precisa y con la sola invocación de la ausencia de “seriedad” de los tópicos planteados en el embate, han superado el *test de convencionalidad* europeo⁵¹³.

En lo que respecta al ordenamiento francés, dicha tesis fue inicialmente sostenida por la Comisión Europea de Derechos Humanos, respecto del régimen de casación en lo contencioso-administrativo, en el que –como fuera explicado- desde 1987 se confiere al Consejo de Estado una potestad de desestimación análoga a la asignada, a partir de 2001, a la Corte de Casación. Así, en el caso “Andresz”, dicho organismo entendió que una previsión semejante *no se exhibía como una posible alteración del derecho a un proceso justo y equitativo*, previsto en el art. 6 §1, del Tratado de Roma, por lo que declaró inadmisibles las denuncias llevadas a su conocimiento⁵¹⁴. Con mayor precisión, en el caso “Ouendeno”, la Comisión aclaró que “toda vez que la ley nacional [se refiere a la ley del 31 de diciembre de 1987 que introdujo el procedimiento de admisión en la casación francesa de derecho público] subordine la admisibilidad de un recurso a una decisión por la cual la jurisdicción competente declare que el recurso plantea una cuestión de derecho muy importante y que presente chances de éxito, *puede ser suficiente que esta jurisdicción se limite a citar la disposición legal que prevé tal procedimiento*”. Por lo que nuevamente, en este punto, la denuncia fue desestimada por el citado órgano trasnacional, por no advertir, siquiera en apariencia, una lesión a la garantía del debido

⁵¹² V. para un estudio del sistema europeo de protección de los derechos humanos en nuestro medio: HITTERS, Juan Carlos – FAPPIANO, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Bs. As., 2º ed., 2007, t. I, vol. 2, esp. cap. VII, pp. 621-850.

⁵¹³ V. FLAUS, Jean François, “La sélection des recours et la Convention européenne des droits de l’homme”, VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI, Soraya – CADIET, Loïc], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, ob. cit., pp. 43-49 (esp. pp. 43-46).

⁵¹⁴ Comisión EDH, Sala 2º, caso *Andresz c. France*, requête n° 19212/91, decisión del 2 de septiembre de 1992. Sostuvo allí el citado cuerpo que, “si bien en ciertas circunstancias específicas, la ausencia de motivación de una decisión puede poner en juego el derecho a un proceso equitativo que garantiza el art. 6 §1 [...] en la especie la Comisión advierte, sin embargo, que el Consejo de Estado [...] ha rechazado las pretensiones del requiriente por una motivación relativamente suscita que confirma los argumentos desarrollados en la sentencia de la corte administrativa de apelación y su parte dispositiva. El solo hecho que el Consejo de Estado no haya desarrollado con mayor amplitud su motivación no es suficiente para crear dudas en cuanto al carácter equitativo del procedimiento” (res. cit., consid. 1, 3º párrafo –traducción propia-).

proceso⁵¹⁵. Como puede advertirse, en este último precedente se profundizó la línea trazada previamente, al tolerarse la declaración de inadmisión del recurso de casación no sólo mediante una *motivación “relativamente suscita”* (como la calificaba en el caso “Andresz”), sino directamente con *la sola cita legal del dispositivo que autoriza al máximo tribunal local a proceder de dicho modo*, frente a una cuestión de poca importancia o de escasas posibilidades de suceso.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema (siempre teniendo en consideración el “filtro” de la casación contencioso-administrativa), en el caso “*Société Anonyme Immeuble Groupe Kosser*”⁵¹⁶. En él, el citado cuerpo supranacional hizo aplicación de la jurisprudencia precedente de la Comisión, sosteniendo coincidentemente que el art. 6 §1 de la Convención Europea *no exige que sea motivada en detalle* la decisión por la cual una jurisdicción recursiva, con fundamento en una disposición legal específica, descarta un recurso por estar desprovisto de chances de éxito. A lo que agregó que, “en la especie, la decisión de la comisión de admisión de los recursos de casación *se fundó en la ausencia de motivos de naturaleza tal que permitan la admisión* de la petición en el sentido del artículo 11 de la ley del 31 de diciembre de 1987” (es decir, añadimos, que *el Consejo de Estado había aplicado el “filtro” según la fórmula estereotipada* que hemos visto previamente). En tales condiciones, concluyó el tribunal con sede en Estrasburgo, “no se detecta ninguna apariencia de violación del art. 6 §1 de la Convención”.

Dada la similitud que exhiben las causales de aplicación del régimen de “no-admisión” ante el Consejo de Estado y ante la Corte de Casación, no pasaría mucho tiempo hasta que la reforma de 2001 en este último ámbito (ex art. L. 131-6 del Código de la Organización Judicial, actualmente art. 1014 del CPC Fr.) sea sometida a la inspección de convencionalidad. Así ocurrió en el caso “Burg”⁵¹⁷, en el que la Corte Europea *mantuvo el criterio sostenido respecto del filtro vigente ante el Consejo de Estado*, entendiendo que las mismas razones allí sostenidas, permiten descartar la existencia de

⁵¹⁵ Comisión EDH, Caso *Ouendeno c. France*, requête n° 18441/91, decisión del 2 de marzo de 1994.

⁵¹⁶ Corte EDH, Caso *Société Anonyme Immeuble Groupe Kosser c. France*, requête n° 38748/97, decisión del 9 de marzo de 1999; en el mismo sentido v. Corte EDH, 2° sección, *Latournerie c. France*, requête n° 50321/99, decisión del 10 de diciembre 2002.

⁵¹⁷ Corte EDH, 2° Sección, caso *Burg et autres c. France*, requête n° 34763/02, decisión del 28 de enero de 2003.

lesiones a la garantía del debido proceso *en el ámbito de la casación civil*. En la parte pertinente de su decisión, el aludido cuerpo trasnacional sostuvo:

“La Corte recuerda que si bien el artículo 6 §1 de la Convención obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, ello no puede ser entendido como exigiendo una respuesta detallada a cada argumento [...]. Del mismo modo, la Corte, no está llamada a indagar si los argumentos han sido adecuadamente tratados. Incumbe a las jurisdicciones responder a los argumentos defensivos esenciales, teniendo en cuenta que el alcance de ese deber puede variar según la naturaleza de la decisión⁵¹⁸ y debe ser analizada a la luz de las circunstancias de la especie [...].

Finalmente, la Corte recuerda su jurisprudencia según la cual el artículo 6 no exige que sea motivada en detalle la decisión por la cual una jurisdicción recursiva, con fundamento en una disposición legal específica, descarta un recurso por estar desprovisto de chances de éxito (*Société anonyme Immeuble Groupe Kossier c. France* [...]; *Latournerie c. France* [...]). Esta jurisprudencia ha sido aplicada, en las dos primeras decisiones citadas, al procedimiento seguido ante las jurisdicciones administrativas francesas. Nada se opone a que la misma sea trasladada a las jurisdicciones del orden judicial, desde que conocen a su turno en un procedimiento del mismo tipo”.

La línea jurisprudencial fue mantenida con posterioridad por la Corte Europea⁵¹⁹, incluso en el ámbito de la casación penal (conf. art. 567-1-1 del CPP Fr., análogo al art. 1014 del CPC Fr. y al anterior art. L. 131-6 del COJ)⁵²⁰. De este modo,

⁵¹⁸ Cabe destacar que, con posterioridad, esta fórmula de la CEDH por la que se indica que corresponde analizar los alcances del deber de motivación según la “naturaleza de la decisión”, fue posteriormente ampliada, haciéndose también referencia a otros parámetros relevantes para valorar el cumplimiento de tal exigencia suprallegal, como las “costumbres” y las “concepciones doctrinales” vigentes en el medio en el que la decisión es adoptada (v. Corte EDH, 5° sección, caso *Margalet c. France*, requête n° 28487/06, decisión del 30 de marzo de 2010). Sostiene el citado órgano supranacional, en la parte pertinente del fallo de referencia:

“La Corte recuerda que ya ha juzgado que si bien el artículo 6 §1 de la Convención obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, ello no puede ser entendido como exigiendo una respuesta detallada a cada argumento de las partes [...]. El alcance de ese deber de motivación *puede variar según la naturaleza de la decisión*. Debe además tenerse en cuenta, especialmente, la *diversidad de los motivos que un peticionante puede plantear ante la justicia* y las *diferencias entre los Estados contratantes en materia de disposiciones legales, costumbres, concepciones doctrinales y presentación y redacción de las sentencias y decisiones*. Es por ello que la cuestión de saber si un tribunal a faltado a su obligación de motivar derivada del art. 6 §1 de la Convención no puede ser analizada más que a la luz de las circunstancias del caso” (Corte EDH, caso cit., traducción y énfasis propios).

⁵¹⁹ V. Corte EDH, 5° sección, caso *Beaubatie c. France*, requête n° 16294/04, decisión del 13 de noviembre de 2008; *id.*, caso *Pages c. France*, requête n° 8065/04 y *Grégoire Henry c. France*, requête n° 8068/04, decisión conjunta del 3 de noviembre de 2009; *id.*, caso *Favre c. France*, requête n° 3719/06, decisión del 3 de noviembre de 2009; *id.*, caso *Margalet c. France*, requête n° 28487/06, decisión del 30 de marzo de 2010.

⁵²⁰ V. Corte EDH, 5° sección, caso *Kotojansky c. France*, requête n° 16157/07, decisión del 25 de septiembre de 2008, en el que se aplica el criterio sostenido en el citado caso “Burg”, al ámbito de la casación penal: “La Corte recuerda que ha tenido ocasión de juzgar conforme a la Convención el procedimiento de no-admisión de los recursos ante la Corte de casación, fundado en el art. L. 131-6 del código de la organización judicial (ver especialmente *Burgo et autres c. France* [...]). Por consiguiente, la Corte no ve ninguna razón para apartarse de dicha jurisprudencia”.

puede considerarse consolidada la doctrina emanada de la más elevada instancia trasnacional europea, en el sentido de validar el uso de “filtros” de admisión en el ámbito de los superiores tribunales de cada país, como el que impera en el sistema de la casación francesa y que hemos analizado en este capítulo. Especialmente en uno de sus aspectos más controvertidos, como es la ausencia de motivación circunstanciada de la decisión desestimatoria (es decir, la mera referencia estereotipada a la presencia de un caso “cuya naturaleza no permite la admisión del recurso”).

f) *Estadística sobre el uso del filtro en la casación francesa.*

Veamos finalmente la incidencia que ha tenido el uso de la ‘*procédure de non-admission*’ (art. 1014, CPC Fr.) en el sistema francés. En tal sentido, puede advertirse que entre el 20 y el 25% de los recursos de casación interpuestos en el ámbito civil⁵²¹ no supera este tamiz, según el detalle que sigue:

Casación Francia							
por categoría de decisión (sólo civil)							
Año	Inadmisibilidad	“No Admisión” (Filtro)	Rechazo	Casación con reenvío	Casación sin reenvío	Desistimiento	Extinción
2004	375 (1,6)	5924 (25%)	6.500 (27,6)	3.596 (15%)	728 (3%)	3.708 (16%)	2169 (9%)
2005	344 (1%)	6.747 (27%)	6.284 (25%)	4.130 (17%)	778 (3%)	4.184 (17%)	1.905 (8%)
2006	321 (1%)	5.435 (24%)	5746 (26%)	3.924 (17%)	1.113 (5%)	3.703 (16%)	1780 (8%)
2007	276 (1%)	4.740 (24%)	4.591 (23%)	3821 (19%)	877 (4%)	3.801 (18%)	1878 (9%)
2008	207 (1%)	3.918 (21%)	4.427 (24%)	3.636 (19%)	479 (3%)	3729 (20%)	1.715 (9%)
2009	206 (1%)	3.955 (19%)	5.137 (25%)	3.909 (19%)	440 (2%)	3.390 (17%)	1.814 (9%)
2010	270 (1%)	3.714 (19%)	4.886 (25%)	4062 (20%)	474 (2%)	3.563 (18%)	1.685 (8%)

Fuente: Cour de Cassation, *Rapport annuel* (años: 2004 a 2010), La Documentation française, Paris

⁵²¹ En materia penal, el uso del procedimiento de “no admisión” es proporcionalmente más significativo: vg., 4045 causas en el año 2004 (49% del contencioso penal total); 4.120 (53%) en 2005; 5.195 (57%) en 2006; 4738 (56%) en 2007; 4726 (58%) en 2008; 4651 (57%).

Es de destacar la baja tasa de acogimiento de los recursos interpuestos en este ámbito (con la consecuente casación de la sentencia atacada), que ronda el 5% para los períodos comprendidos (Fuente: COUR DE CASSATION, *Rapport annuel* (2004 – 2009), La Documentation française, Paris).

VII. ESPAÑA.

1) Introducción.

1.1) *Importancia.*

El sistema que más directamente ha influenciado a los regímenes de casación adoptados en diversas jurisdicciones provinciales de nuestro país es, sin dudas, el español.

Ello no significa que el molde original de la casación francesa carezca de impacto alguno en nuestro medio, ni que los consagrados estudios del diseño italiano sean ajenos a nuestra visión de la institución. Por el contrario, hemos señalado en cada caso el peso que los mismos han tenido y siguen teniendo en nuestro medio, tanto a la hora de examinar los orígenes de la institución, como de avanzar en instrumentos que perfeccionen su cometido.

No es éste obviamente el lugar de examinar el grado de incidencia que cada uno de los diseños analizados ha tenido en la escena local. Sin embargo, para reflejar la importancia del ejercicio comparativo que se desarrolla en el presente capítulo, puede predicarse sin temor a equívocos que, al momento en que las distintas provincias de nuestro país receptaron un sistema de revisión de legitimidad de las sentencias jurisdiccionales de los tribunales inferiores, y colocaron a cargo del mismo a un órgano ubicado en la cúspide de la organización judicial de cada una de ellas, el modelo del que se valieron provino directamente de las fuentes que hasta el momento se hallaban vigentes en este medio; es decir: las instituciones coloniales provenientes de España.

Cierto es que, como fuera anticipado, la organización judicial argentina (especialmente en lo que hace a las cortes supremas) tiene dos fuentes claramente diferenciadas, en atención a las reconocidas influencias que fueron sucesivamente incidiendo en nuestra organización institucional: las bases coloniales (de las que se nutrieran directamente el sistema de casación de la Provincia de Buenos Aires) y el diseño constitucional norteamericano (dirimente al momento de la institucionalización definitiva del país y, en especial, en la definición del perfil de la Corte Suprema de Justicia la Nación, pensada, creada y organizada según la forma del país del norte). Dicha sedimentación de tradiciones diversas, que siguen interactuando sobre cada uno de los superiores tribunales del país, ha tenido fuerte impacto en su vida institucional y en la reglamentación de sus atribuciones y funcionamiento.

Queda claro entonces que, respecto de uno de los modelos a los que esta investigación está dedicada (esto es, el recurso extraordinario ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires), el estudio de la casación española posee una significación medular, ya que constituye la vertiente que impactó de modo más directo en su génesis institucional.

Y si bien el sistema ibérico de *jurisdicción constitucional* de última instancia no ha tenido la misma influencia en el diseño institucional de la Corte Suprema argentina, cabe hacer una referencia al régimen de selección pensado para el control cualitativo de las causas tramitadas ante el Tribunal Constitucional: la exigencia de “trascendencia constitucional” de los amparos llevados ante su sede.

1.2) *Aclaración liminar.*

Manteniendo el criterio seguido con el resto de los sistemas comparados analizados, no hemos de penetrar en profundidad en el estudio de la particular y enriquecedora historia de la casación española.

Simplemente recordaremos que sus orígenes se remontan al Consejo de Castilla⁵²², aunque adquirió sus cualidades definitorias en el siglo XIX. Su primera manifestación sistemática quedó plasmada en el Real Decreto del 4 de noviembre de 1838 (que contemplara los recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, y de nulidad por vicio de actividad) y, luego de diversas peripecias, quedó consagrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (cuerpo adjetivo de fuerte influencia en nuestro medio). El instituto tuvo diversas modificaciones posteriores, entre las que cabe recordar la Ley de Casación Civil de 1878, Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (con sus reformas de 1984 y 1992) y, finalmente, La LEC 1/2000 actualmente en vigor.

Volver en detalle sobre dichos antecedentes, abarcativamente desarrollados en precisos estudios dedicados a esta materia, importaría exceder los límites de esta investigación⁵²³. Nos bastará aquí con recordar la originalidad del sistema español

⁵²² La Novísima Recopilación contiene disposiciones relativas a los recursos de nulidad y segunda suplicación (a los que se denominaba de “mil quinientos” por la suma de 1.500 oblas que debía depositar el quejoso), cuya resolución correspondía a una de las salas del Consejo de Castilla, órgano consultivo de la monarquía española diseñado por Alfonso XI y perfeccionado por los Reyes Católicos (Fernando e Isabel).

⁵²³ Consíentase la remisión a FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, 1969, t. I, pp. 195-235; VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *La casación civil*, Barcelona, 1979, pp. 14-57; *id.*, “El modelo español de casación

primitivo, en tres aspectos que influenciaron a diversos modelos de casación en argentina (especialmente, en lo que interesa a esta obra, a los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de la ley en la Provincia de Buenos Aires).

En primer lugar, el elevado infujo que la finalidad “privada” (*ius litigatoris*) de la institución tuviera, desde sus orígenes, en España, nota que la distinguiera en gran medida de la *ratio* prístina del modelo francés⁵²⁴. En efecto, la revisión de la legitimidad de las decisiones de la justicia ordinaria ibérica no tuvo como justificativo dirimente la idea de preservación de una división de poderes rígida, como la que originalmente motivara la implantación del tribunal de casación en la Francia postrevolucionaria. Y si bien entre las finalidades de la Ley de Bases de 1855 (de la que derivara la Ley de Enjuiciamiento Civil del mismo año) estaba presente el “interés público” de ejercer una “inspección suprema” sobre la actuación de los jueces de grado y de procurar la “unidad de la jurisprudencia”, también se enfatizaba la importancia de la institución para preservar el “interés individual” de las partes, de modo que “puedan acudir y obtener reparación de sus agravios [quienes] han visto a un tribunal superior infringir las leyes en la aplicación del derecho, o en los trámites esenciales del juicio”⁵²⁵.

Obvio es aclarar que la finalidad “privada” de la casación no es excluyente del modelo español, dado que la protección del ‘*ius litigatoris*’ constituye un aspecto normativa y culturalmente arraigado en diversos sistemas comparados, como ocurre en Italia (que -como fuera adelantado- ha consagrado constitucionalmente la idea de que

(configuración histórica y evolución legislativa)”, en VVAA: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 355-429; MONTERO AROCA, Juan – FLORS MATIES, José, *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 237-272 (esp. 260-272); DELGADO CASTRO, Jordi, “La historia de la casación civil española. Un experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina”, en *Revista de derecho*, Valparaíso, n° 33, 2009, pp. 345-367; MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, Colex, Madrid, 2001, pp. 41-64; LASSO GAITE, Juan Francisco, “Evolución histórica de la casación civil en España”, en *Revista de Derecho Procesal iberoamericana*, Madrid, 1971, pp. 127-183; NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, Ariel, 2003, pp. 28-41; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 10° ed., 2010, pp. 543-547. En nuestro país, v. MORELLO, Augusto M., *Cuestiones procesales de derecho comparado español – argentino*, Platense, La Plata, 1987, esp. cap. I; HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, ob. cit., 2° ed., cap. III, pp. 41-85.

⁵²⁴ V. especialmente sobre el punto, la obra de VÁSQUEZ SOTELO, *La casación ...*, ob. cit., pp. 25-26; íd. “El modelo español de la casación ...”, cit., pp. 392 y ss. [especialmente pp. 397-412, donde se precisan las razones por las que, dentro de la filosofía que inspirara desde sus orígenes a la casación española, está la preocupación por el ‘*ius litigatoris*’, tesis que el profesor de Barcelona defiende claramente: “Sin duda la nota que mejor ha caracterizado siempre a la casación española haya sido su preocupación por tutelar el derecho de los litigantes”, cit. pp. 397-398]

⁵²⁵ GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta Revista de Legislación, Madrid, 1857, p. 185 (cit. por MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, Colex, Madrid, 2001, p. 49).

esta vía de impugnación configura una “garantía” de los ciudadanos contra las sentencias que interpretan equivocadamente la ley) y, en alguna medida, también en Francia (v. *supra*, cap. VI, ap. 5.1.a)]. A lo que nos referimos aquí es, en realidad, a una cuestión de matiz, es decir, a la tendencia que puede vislumbrarse en diversos períodos de la historia de la casación española, en el sentido de favorecer aspectos de este medio de embate que privilegian su tésis axiológica o “garantista”, como complemento de las funciones “puras” de nomofilaxis y uniformación.

Íntimamente asociado al punto precedente puede señalarse, como segundo rasgo de la tradición ibérica en la materia, la flexibilización de la tradicional regla de exclusión de las materias fácticas que caracteriza a esta vía impugnativa. No obstante que también rige en España la idea de que la casación no es una tercera instancia en la que pueda lisa y llanamente revisarse el juicio de hecho llevado a cabo por los judicantes de grado, lo cierto es que –acudiendo a las palabras de MORÓN PALOMINO- el sistema analizado “nunca fue opuesto a la posibilidad, cierto que relativa y condicionada, pero posibilidad al fin y al cabo, de contradecir en el juicio la premisa fáctica de la sentencia recurrida”⁵²⁶.

En tercer término, la consagración de una regla diametralmente opuesta a la vigente en los sistemas francés e italiano, vinculada con los efectos de la anulación del fallo atacado. Nos referimos al sistema de casación “positiva” (también denominada “impura” o “bastarda”, por el apartamiento que importa dicho esquema respecto de su matriz gala), por el cual corresponde al Superior Tribunal recomponer la litis luego de casar el decisorio, esto es, resolver sin reenvío el mérito de la contienda (*iudicium rescissorium*), de acuerdo con la interpretación correcta de la norma enunciada en la fase del *iudicium rescindens*.

2) El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo

Al igual que otros regímenes que venimos analizando (vg., Italia, Francia, etc.), España ha escindido en sendos órganos jurisdiccionales de última instancia las tareas de

⁵²⁶ MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, ob. cit., p. 168; v. asimismo, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El control de los hechos en la casación (civil y laboral) española*, Separata de la Revista de Derecho Procesal, Ed. Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, nº IV, Octubre-Diciembre 1967, pp. 17-122; id., “La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, 1969, t. II, pp. 1023-1138; VÁSQUEZ SOTELO, “El modelo español de casación ...”, cit., pp. 381-392; id., *La casación civil ...*, ob. cit., § 18 y 48-66, pp. 38-40 y 117-184.

control constitucional y de inspección de la adecuada interpretación de las normas infraconstitucionales, siguiendo así una expandida técnica de organización, no receptada en nuestro medio. La primera misión queda a cargo del Tribunal Constitucional (STC) y la segunda, en cabeza del Tribunal Supremo (TS).

Formularemos a continuación un breve semblante de ambos, con una aclaración previa: teniendo presente que el foco principal, en esta parcela del estudio comparativo, por las razones que hemos anticipado, recae sobre el instituto del “interés casacional” como pauta prevista para la admisión del recurso de casación, que bastaría en principio con indagar exclusivamente en la estructura y organización del segundo de los cuerpos jurisdiccionales aludidos (TS).

Sin embargo, la no muy lejana puesta en funcionamiento de un mecanismo de descongestión para los recursos de amparo que tamitan el Tribunal Constitucional, nos lleva a identificar también algunos rasgos salientes de su perfil. Es lo que haremos en el apartado siguiente, al que se agregará una breve referencia concerniente a la “trascendencia constitucional”, como condición para la admisión del recurso de amparo. Esta novedad se exhibe como otra manifestación del ordenamiento español útil para el objeto de esta investigación, por más que –repetimos- el régimen de control constitucional hispánico no haya incidido con tanta profundidad en nuestro homólogo federal (a cargo, en última instancia, de la Corte Suprema de la Nación), como sí lo hiciera su modelo casatorio en el diseño de nuestros tribunales superiores provinciales.

Con posterioridad, se abordará someramente la organización del Tribunal Supremo para penetrar en el esquema de funcionamiento del recurso de casación civil y, particularmente, del régimen de admisión basado en la noción del “interés casacional”.

2.1) El Tribunal Constitucional. La ‘trascendencia’ como requisito de admisibilidad del recurso de amparo.

a) El *Tribunal Constitucional* español, está compuesto de doce miembros elegidos por un período de 9 años (sin posibilidad de reelección inmediata), durante el cual gozan de las garantías de independencia e inamovilidad (art. 159, Const. España). Su competencia se extiende para conocer: i) del “recurso de inconstitucionalidad” y las “cuestiones constitucionales” deducidas contra Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley; ii) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades consagrados en el

art. 53.2 de la Constitución; iii) de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí; iii) de las acciones deducidas por el Gobierno para impugnar las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas; iv) del control previo de constitucionalidad de tratados internacionales, a requerimiento del Gobierno, del Congreso o del Senado⁵²⁷.

En cuanto al primero de los ámbitos de conocimiento aludidos, el TC ejerce el control constitucionalidad de la ley, a través de dos vías fundamentales.

Por un lado, el *recurso de inconstitucionalidad*, que es un medio de impugnación directo y abstracto para el cual sólo están legitimados ciertos referentes calificados de la vida institucional ibérica: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o Senadores y los Gobiernos y Parlamentos autonómicos. Se trata de una competencia regulada expresamente en la Ley Suprema (arts. 161 y 162, Const. España).

Por el otro, la *cuestión constitucional*, que tiene lugar en cada proceso en el que se cuestione la validez supralegal de una ley o disposición con fuerza de tal. Así, cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma de las características enunciadas, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, debe plantear la cuestión ante el TC una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia o resolución (conf. art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Como nota relativa a su organización, cabe señalar que, para expedirse en cada caso, el Tribunal Constitucional está dividido en dos salas de seis miembros cada una (el Presidente del cuerpo es además el de la sala primera, mientras que el vicepresidente es el titular de la sala segunda), debiendo algunas materias especiales ser resueltas en Plenario (vg., recurso de inconstitucionalidad, conflictos de poder entre órganos constitucionales, temas en los cuales esté en juego la modificación de la doctrina sentada con anterioridad, etc.). La reforma de 1988 de la Ley Orgánica del TC,

⁵²⁷ Se trata de un procedimiento destinado a evitar la integración del derecho español con normas internacionales contrarias a la Carta Magna. Conforme lo referido oficialmente por el Tribunal Constitucional, esta clase de pronunciamiento sólo ha tenido lugar en dos oportunidades: la primera, en 1992, por la que se concluyó que España sólo podía integrar el Tratado de Maastricht si previamente se reformaba el art. 13.2 de la Constitución, como así se hizo (agosto de 1992); la segunda, en 2004, en la que se determinó la innecesariedad de una enmienda constitucional para incorporar el llamado Tratado constitucional de la Unión Europea (v. [sitio web del Tribunal Constitucional: http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/competencias/Paginas/Competencias.aspx](http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/competencias/Paginas/Competencias.aspx)).

introdujo una subdivisión de las salas en “secciones” de tres miembros (compuestas cada una por dos integrantes de aquéllas, más su Presidente), que al día de la fecha se encuentra vigente⁵²⁸. Se trata de una innovación destinada a dar mayor agilidad a la resolución de ciertos temas, especialmente –como en seguida veremos- para descongestionar la notable cantidad de amparos deducidos anualmente ante sus estrados (v. *infra* aps. b] y c]).

b) De las materias aludidas previamente, el conocimiento de los *recursos de amparo* resulta por amplísimo margen el ámbito que demanda más esfuerzo al alto cuerpo jurisdiccional. Las estadísticas del Tribunal Constitucional reflejan claramente dicho cuadro de situación, al apreciar la cantidad de asuntos ingresados por categorías en los últimos años:

España - Tribunal Constitucional							
Causas ingresadas (2005-2011)							
Asuntos ingresados	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Recursos de inconstitucionalidad	16	23	21	24	7	32	31
Cuestiones de inconstitucionalidad	206	237	137	93	35	50	51
Recursos de amparo	9.476	11.471	9.840	10.279	10.792	8.947	7.098
Conflictos positivos de competencia	8	10	14	14	13	6	9
Conflictos negativos de competencia	-	-	-	-	-	1	-
Conflictos entre órganos constitucionales	-	-	-	-	-	-	-
Conflictos en defensa de la autonomía local	2	-	1	-	1	4	3
Impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas	-	-	-	-	-	-	-
Requerimientos s/ tratados internacionales	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL	9.708	11.741	10.013	10.410	10.848	9.041	7.192

⁵²⁸ V. art. 8.1, LOTC (texto conf. ley orgánica 6/2007 del 24 de marzo de 2007).

También da cuenta de esta realidad (y de las complicaciones que la misma produce) la exposición de motivos de la última reforma a la ley orgánica del Tribunal Constitucional (2007)⁵³⁰. Se señala en dicho documento que, luego de la experiencia acumulada en más de 25 años de funcionamiento del cuerpo aludido, “se ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca [...] el *crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal*”. Indicándose a continuación los efectos que dicha sobreexigencia en materia de amparo ha generado respecto de los tiempos del proceso: “... la realidad de los hechos ha permitido también constatar la *lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal*, las que es el momento de dar respuesta legislativa...” (el resultado nos pertenece).

c) Dos reformas del legislador son de destacar respecto de la preservación de la eficacia en la actuación del Tribunal Constitucional, enfrentado a un cúmulo de amparos abiertamente desproporcionado frente al resto de las competencias que le son propias.

Por un lado, la consagración instrumentos destinados a transformar a la actuación del alto cuerpo en la materia como *subsidiaria* (art. 43, inc. 1 de la LOTC⁵³¹). Es decir, el intento de reforzar la autoridad de los jueces de grado como garantes primarios de las prerogativas constitucionales protegidas a través del amparo, ampliando el campo de acción del incidente de nulidad de las actuaciones para receptar buena parte de las materias propias de aquel mecanismo de tutela.

⁵²⁹ Puede consultarse en línea, en el sitio web del Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/estadisticas/Paginas/Estadisticas2011.aspx> (Último ingreso: mayo 2012).

⁵³⁰ Ley 6/2007, modificatoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional nº 2/1979.

⁵³¹ El texto reformado de la norma reza en este punto: “Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente”.

La segunda novedad a tener en cuenta, especialmente en lo que hace al objeto de esta investigación, es la *inversión de la regla de admisibilidad del recurso de amparo*, ya que, a partir de la reforma, se exige, como condición para la apertura de de esta vía, la demostración de su “*trascendencia constitucional*”. Es decir, que sólo serán resueltos en cuanto al mérito aquellos recursos en los que se aleguen cuestiones “*importantes para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución*”.

Así lo dispone, en primer lugar, el actual art. 49 de la LOTC, al determinar los requisitos que debe cumplir la pieza de interposición del remedio *sub examine*:

“El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la *especial trascendencia constitucional del recurso*” (énfasis propio).

Por su parte, el reformado art. 50 de la LOTC, eleva dicha exigencia a una auténtica *condición de admisibilidad*:

“1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos:

[...]

b) *Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional*, que se apreciará atendiendo a su *importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia*, y para la *determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*.

[...]

3. Las *providencias de inadmisión*, adoptadas por las Secciones o las Salas, *especificarán el requisito incumplido* y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal” (énfasis agregado).

Se trata, como puede verse, de una fórmula abierta susceptible de transformarse en un verdadero “filtro” destinado a reducir la inflación de amparos en sede del TC, mediante la consagración de una herramienta que permite a dicho cuerpo (en particular: a cada una de sus secciones) separar liminarmente y abordar de modo exclusivo, aquéllos remedios que se muestran idóneos para sentar una regla de interpretación constitucional, excediendo así el mero interés particular.

La primera sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional sobre la materia, recién tuvo lugar en junio de 2009 (STC, 155/2009)⁵³².

A efectos de clarificar los alcances de la expresión “interés constitucional” que define la admisión del recurso de amparo ante dicho cuerpo cimero, se precisaron en dicho pronunciamiento ciertas hipótesis (no taxativas) en las que dicha nota se presenta: a) los casos novedosos; b) los que den la posibilidad de cambiar de doctrina al Tribunal (bien por un proceso de elaboración interna o por cambios sociales, normativos o de instituciones internacionales); c) los asuntos en los que la vulneración denunciada tenga su origen en una ley u otra norma de carácter general; d) supuestos en los que la vulneración se produzca por una interpretación de la ley contraria a la Constitución y que el Tribunal considera que se debe corregir; e) cuando la doctrina aplicable al caso concreto está siendo incumplida con carácter general, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre ese derecho (bien porque se hace distinta interpretación de la doctrina, bien porque ésta no siempre se aplica); f) los casos en los que un órgano judicial se niegue de modo manifiesto a acatar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; g) los asuntos que trasciendan del caso concreto.

Es de advertir que una regulación de este tipo, colocada en el ámbito del amparo constitucional, produce una *abierto modificación de la naturaleza de la actuación del TC en esta materia*. En efecto, *resulta difícil considerar que la vía de embate analizada pueda seguir siendo considerada una “garantía” sumaria contra la lesión de derechos fundamentales*, cuando pasa a regir a su respecto la regla de la *inadmisibilidad*, salvo la demostración de *trascendencia* de la cuestión debatida (entendida esta última, no como una cualidad asociada a la intensidad de la infracción, sino -como vimos- a la idoneidad del caso para sentar una regla interpretativa de la Constitución). Parecería entonces que la reforma ha alterado la esencia misma del proceso constitucional de marras, *transformándolo, en lo que hace a la*

⁵³² V. en línea: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9772>. Comenta el fallo ESPINOSA DÍAZ, Ana, “El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”, en *Indret*, Barcelona, n° 2, Marzo de 2010, esp. pp. 14-15 (*on line*: <http://www.indret.com/es>).

Con anterioridad el STC había insinuado alguna hipótesis en la que se presentaría la trascendencia constitucional (STC, 70/2009, del 23 de marzo, recordada en el precedente antes citado).

Es de aclarar que en el *leading case* de marras (155/2009) el STC encontró configurado el recaudo en cuestión en una causa penal que, según estimó, le permitía aclarar y perfilar, “como consecuencia de un proceso de reflexión interna, la doctrina constitucional sobre la exigencia de congruencia entre la acusación y el fallo en el extremo referido a la pena a imponer, en cuanto manifestación del principio acusatorio”. Supuesto éste que, junto a los demás enunciados en el fallo, constituyen los “casos en los que cabe apreciar en el contenido del recurso de amparo la especial trascendencia constitucional [art. 50.1 b) LOTC]”

actuación del Tribunal Constitucional, en un recurso extraordinario, cuyo rol fundamental se orienta no tanto a dar tutela rápida y expedita al ciudadano (*ius litigatoris*), sino más bien a controlar la adecuada interpretación de la Ley Suprema (*ius constitutionis*). Ello, cabe aclararlo, no importa valoración alguna respecto del mérito de la reforma, sino una precisión acerca de lo que aparece como un cambio radical de orientación respecto de la visión del rol del TC en materia de amparo⁵³³.

2.2) *El Tribunal Supremo español.*

Corresponde ahora delinear el perfil general del máximo referente de la casación española, para estar así en mejores condiciones de analizar luego el mecanismo impugnativo que tiene lugar ante sus estrados y, finalmente, poder llegar al punto que aquí más interesa, relativo a la consagración del criterio del “interés casacional” como parámetro para la admisión del remedio de marras.

La posición cimera del Tribunal Supremo en la organización judicial ibérica es reconocida en la misma Constitución de 1978, cuyo art. 123 reza: “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”, a lo que agrega el art. 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “... ningún otro podrá tener el título de Supremo”.

⁵³³ Una visión crítica de la reforma de 2007 puede verse en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “La perversión jurídica del amparo constitucional en España”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 751/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008 [en *Westlaw.es*: BIB 2008/1030]; tb. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 124, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México, enero-abril 2009, pp. 355-387. Identificando las diversas líneas de opinión que la reforma de 2007 ha suscitado, v. ESPINOSA DÍAZ, Ana, “El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”, cit., esp. p. 13. Ambos autores son contestes en considerar que la reforma no tendrá el impacto deseado respecto de la atenuación de la carga de trabajo de la Corte, destacándose en ambos casos la elevada tasa de inadmisión que los recursos de amparo tradicionalmente tenían con anterioridad a la introducción del nuevo recaudo de “trascendencia” (vg. 96% en el año 2006).

En cuanto a la valoración de la reforma como una alteración de la naturaleza del amparo y su transformación en una vía de impugnación extraordinaria, v. SALAS DARROCHA, Josep Tomàs, “El requisito de una especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo (art. 50.1.b LOTC).”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n° 10/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008 [en *Westlaw.es*: BIB 2008/1101] (considerando que, desde la reforma de la LOTC de 2007, “el Tribunal Constitucional y el recurso de amparo, dejan de ser la última instancia procesal posible en materia de derechos fundamentales, aproximándose al modelo imperante en algunos estados -especialmente, al sistema norteamericano- en los que el Tribunal competente elige libremente los asuntos que con relevancia constitucional entiende que merecen su atención de entre los que plantean los particulares. En resumen, *el amparo pasa a ser desde la Reforma ya no un medio de defensa de los particulares sino un medio para la construcción y definición jurisprudencial de los derechos fundamentales*, por lo que es altamente probable que en el futuro, el Tribunal no admitirá a trámite asuntos respecto de los que habiéndose pronunciado en profundidad no considere necesario cambiar su doctrina, sea cual sea la suerte del recurrente” –ob. cit., p. 3, énfasis agregado-).

En cuanto a su integración, el órgano está presidido por un magistrado designado por el Rey a propuesta del Consejo General del Poder Judicial⁵³⁴, mandato que dura cinco años. Cuenta en la actualidad con 74 Magistrados, divididos en cinco *salas* ordinarias definidas por materia: la sala primera (civil), la segunda (penal), la tercera (contencioso-administrativo), la cuarta (social) y la quinta (militar) [art. 55, LOPJ]. Cada sala está compuesta por su Presidente y por la cantidad de jueces que indique la ley, siendo, a su turno, subdivididas en *secciones* (por ejemplo: la sala primera [civil] cuenta con 4 secciones)⁵³⁵.

El funcionamiento de las diferentes salas del tribunal se determina anualmente por este último, mediante acuerdos de la Sala de Gobierno que son publicadas en las “normas sobre composición, funcionamiento y reparto de asuntos” publicadas, a través del Consejo General del Poder Judicial, en el Boletín Oficial Español⁵³⁶.

En total, el número de jueces del TS asciende a 80 (Presidente, 5 Presidentes de Sala y 74 Magistrados).

3) El recurso de casación en España (notas generales). Ley nº1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

3.1) Introducción.

⁵³⁴ El Consejo General del Poder Judicial es un órgano previsto en la Constitución de 1978, con funciones de gobierno de dicho poder del Estado y atribuciones para el nombramiento y régimen disciplinario de los jueces (conf. arts. 122 Const. España; y Libro II, arts. 104 y ss., Ley Orgánica del Poder Judicial). Está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo y por veinte miembros designados por el Rey por un período de 5 años. De dichos consejeros, doce deben ser seleccionados entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales; cuatro serán nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión (conf. art. 122.2, Const. Es.).

Con subordinación al Consejo, actúan también en las actividades de superintendencia del poder judicial las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo (compuesta por su Presidente, los presidentes de cada sala y un número de magistrados igual al de aquéllos), de la Audiencia Nacional y de los Superiores Tribunales de Justicia (arts. 104 y 106, LOPJ).

⁵³⁵ Existen otras salas especiales (vg., de conflictos de jurisdicción, de conflicto de competencias, la del art. 61 de la LOPJ –para procesos de ilegalización de partidos políticos y responsabilidad por error judicial), diversas en su integración a las que constituyen el eje del funcionamiento del alto cuerpo, que son las que se encuncian en el texto. Para el elenco de materias comprendidas en cada división, v. arts. 56 a 61 de la LOPJ; v. asimismo la sección “Estructura y competencias” del portal del Tribunal Supremo en el sitio web Poder Judicial español: <http://www.poderjudicial.es>. V. asimismo las “reglas de reparto de tareas” e integración de las secciones publicadas en el portal del TS: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/ts/principal.htm>.

⁵³⁶ Así, por ejemplo, las disposiciones referidas al funcionamiento y reparto de asuntos del TS para el año 2011 pueden encontrarse en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/01/17/pdfs/BOE-A-2011-882.pdf>.

Varias son las modificaciones que la LEC nº 1/2000 ha introducido al sistema de casación español, algunas de las cuales han generado intensas polémicas en la doctrina⁵³⁷.

No es nuestro cometido, obviamente, tomar partido en este agudo debate, sino simplemente presentar un esquema actualizado respecto del medio de impugnación de marras, para poder así colocar en su debido contexto la reforma que más nos interesa, que es la vinculada con los criterios de admisión del recurso y, en particular, el concepto del “interés casacional”.

3.2) *Causales de procedencia. La dualidad “recurso de casación” y “recurso extraordinario por quebrantamiento de formas”.*

a) *Generalidades*

La sistematización de los motivos que dan lugar al medio de embate analizado es, probablemente, el punto más conflictivo de la LEC 1/2000.

Como fuera anticipado, una de las notas centrales de dicha reforma, a través de las cuales se procuró descongestionar la sobrecarga de la Sala Primera del Tribunal

⁵³⁷ V. entre los críticos de la reforma NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., cuestionando a lo largo de su obra diversos pasajes de las innovaciones introducidas y afirmando a título global que: “aunque parezca increíble, el legislador ha conseguido menoscabar de modo gravísimo, la función nomofiláctica que hasta la fecha venía desempeñando, con más o menos dificultades, el Tribunal Supremo. Y digo que parece increíble, puesto que si se lee [...] la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, bien parece que el propio legislador pretendía justamente lo contrario [...]”, agregando a continuación “[...] basta analizar, aunque con bastante detenimiento, lo que el legislador ha hecho con el ámbito del recurso de casación [...] para darse cuenta [...] que lo que el legislador ha creado, sin paliativos, es un monstruo jurisdiccional de diversas cabezas” (ob. cit., p. 82). Por su parte, SERRA DOMÍNGUEZ, en el prólogo a la monografía recién citada, también describe con tono severamente crítico las reformas de 2000 (v. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Prólogo” a la obra de NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación ...*, ob. cit., pp. 9-12). Considera allí el autor que el legislador “ha demostrado en la reforma de la casación su absoluta ignorancia, tanto en la función de la casación, como de la problemática práctica que presenta”. Otros autores también cuestionan diversos aspectos técnicos de la reforma, como BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Araznadi, Cizur Menor, 2002, pp. 17-33; GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso extraordinario por infracción procesal”, en *Presente y futuro del proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 308; *id.*, “El recurso respañol de casación civil: perspectiva de reforma”, en VVAA [RAMOS, Manuel: coord.], *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008, pp. 117-152.

Algunos publicistas, por el contrario, han sido más indulgentes con la reforma: v. MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, ob. cit., pp. 67-96, destacando el “pragmatismo” de las modificaciones sancionadas y procurando armonizar las zonas grises que surgen de la división entre el recurso de casación y el nuevo recurso extraordinario por infracción procesal; v. asimismo, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Verificación de los criterios esenciales de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en sus primeros meses de vigencia”, en *Tribunales de Justicia*, Ed. La Ley, 2002-1, pp. 3-14, señalando que la distinción de motivos que dan lugar a ambos recursos (uno de los puntos más criticados de la nueva LEC), tiene suficientes antecedentes jurisprudenciales y científicos y que los casos atinentes a normas “de dudoso carácter”, están identificados.

Supremo, fue la escisión de la tradicional casación por errores *in procedendo* del ámbito de actuación del cimero cuerpo jurisdiccional, traspasando dicha competencia a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas⁵³⁸. Tal cisma se concretaba mediante la creación del llamado “recurso extraordinario por quebrantamiento de formas” (arts. 468 a 476, LEC), que debía tramitar ante la referida instancia superior de la Justicia comunitaria.

Sin embargo, dicha innovación aún no ha cobrado plena operatividad. En efecto, la misma debía ser acompañada por una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que mantenía (y mantiene) la competencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo para conocer “de los recursos de *casación*, *revisión* y *otros extraordinarios en materia civil que establezca la Ley*” (art. 56, LOPJ, énfasis agregado). Explica GIMENO SENDRA que la falta de consenso parlamentario para proceder a esta última reforma, que –repetimos– resultaba necesaria para poner en funcionamiento el sistema “dual” de recursos (casación por errores *in iudicando*, por un lado⁵³⁹; recurso extraordinario por quebrantamiento de formas, por el otro), provocó la introducción ‘*in extremis*’, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de LEC, de un *régimen transitorio* en esta materia, que es el que permanece en vigor en la actualidad⁵⁴⁰.

Dicho régimen provisional está previsto en la Disposición final decimosexta de la LEC, que fundamentalmente estipula que, *mientras no se transfiera a los Tribunales Superiores*

⁵³⁸ La organización del Poder Judicial en España distingue territorialmente entre Municipios, Partidos, Provincias y Comunidades Autónomas (arts. 30 a 37, LOPJ). Estas últimas, constituyen la primera división del Estado español, reconociéndoles la Constitución de 1978 un margen de autonomía legislativa y administrativa (arts. 2, 143 a 158, Const. Es.). En la actualidad el territorio español se divide en 17 Comunidades Autónomas y dos ciudades autónomas (Andalucía; Aragón; Canarias; Cantabria; Castilla y León; Castilla-La Mancha; Cataluña; Ciudad Autónoma de Ceuta; Ciudad Autónoma de Melilla; Comunidad de Madrid; Comunidad Foral de Navarra; Comunidad Valenciana; Extremadura; Galicia; Islas Baleares; La Rioja; País Vasco; Principado de Asturias; Región de Murcia), que cuentan con las mismas instituciones, aunque con diversas competencias (v. sitio web del Gobierno español: <http://www.la-moncloa.es/Espana/OrganizacionTerritorial/index.htm>).

⁵³⁹ Es de señalar que incluso no todos los vicios *in iudicando* de derecho sustancial serán tratados por el Tribunal Supremo. De conformidad con lo normado en el art. 478 de la LEC, sin bien -por regla- el recurso de casación civil tiene lugar ante dicho alto cuerpo, cuando se invoque la lesión de normas de derecho civil, foral o especial propio de una Comunidad que goce de un Estatuto de Autonomía, corresponderá el conocimiento del embate al Superior Tribunal de Justicia de la misma.

La solución es criticada por NIEVA FENOLL, quien advierte que de conformidad con dicha sistematización, bastaría la cita de una norma comunitaria (“comodín”) para que la causa sea remitida al Superior Tribunal comunitario, recordando que 9 de las 17 Comunidades Autónomas gozan del Estatuto al que se refiere el art. 478 del ordenamiento adjetivo. Todo lo cual importa, a su juicio, reconocer legislativamente el ejercicio de un ‘*forum shopping*’ en este ámbito (NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 91-95).

⁵⁴⁰ GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso español de casación civil: perspectiva de reforma”, cit., p. 120; v. asimismo, ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., 10º ed., pp. 533-534.

de las Comunidades Autónomas la competencia para conocer en el “recurso extraordinario por quebrantamiento de formas” (es decir, mientras no se reforme la LOPJ, lo que requiere de una mayoría especial), dicha impugnación tramitará ante el Tribunal Supremo, siendo pasibles de la misma las resoluciones susceptibles del recurso de casación, aunque por los motivos identificados en el art. 469 de la LEC⁵⁴¹. El Tribunal Supremo, por su parte, ha

⁵⁴¹ Transcribimos a continuación el texto *in extenso* del precepto aludido (texto según reforma ley 37/2011): “Disposición final decimosexta. Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

1. En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477.

Para la preparación, interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal se seguirán las siguientes reglas:

1. Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley.

2. Solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles en casación a que se refieren los números 1 y 2 del apartado segundo del artículo 477 de esta Ley.

3. Cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infracción procesal y en casación, habrá de interponer ambos recursos en un mismo escrito. A la interposición de dichos recursos y a la remisión de los autos, les serán de aplicación los plazos establecidos en los artículos 479 y 482, respectivamente.

4. Siempre que se interpongan contra una misma resolución recurso por infracción procesal y recurso de casación, se tramitarán ambos en un único procedimiento. Cuando se trate de recursos presentados por distintos litigantes, se procederá a su acumulación.

5. Si se tramitaren conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal.

Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3 del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Sólo en el caso de que el recurso de casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

6. Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia.

7. Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2 del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia.

8. Contra las sentencias dictadas resolviendo recursos extraordinarios por infracción procesal y recursos de casación no cabrá recurso alguno”.

2. En tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación los artículos 466, 468, 472, así como los artículos 488 a 493 y el apartado cuarto del artículo 476. Lo dispuesto en el último párrafo del apartado segundo del artículo 476 no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2 del apartado primero del artículo 469 o en vulneraciones del artículo 24 de la Constitución que únicamente afectaran a la sentencia recurrida.

Las referencias a los Tribunales Superiores de Justicia, contenidas en el apartado cuarto del artículo 470 y en el artículo 472, se entenderán hechas a la Sala que sea competente para conocer del recurso de casación”.

dado a conocer una serie de parámetros a tener en cuenta para la aplicación de este régimen transitorio, a través de un reglamento denominado: “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”⁵⁴², que vino a reemplazar, luego de la reforma de la ley 37/2011, a los “Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”⁵⁴³, que habían dado lugar a cierta polémica, como veremos más adelante⁵⁴⁴.

Es por ello que el autor antes recordado habla de un “doble sistema” en la materia: “a) el *non nato*: previsto en los artículos 466 y siguientes de la LEC, que entraría en vigor cuando se lleve a efecto la anunciada reforma de la LOPJ, y b) el provisional, pero vigente, mientras dicha reforma no acontezca, regulado en la Disposición final decimosexta de la LEC”; aclarando inmediatamente que la mejor suerte que podría correr el primero de ellos (es decir, el diseñado por la LEC 1/2000) es que, “al menos, permanezca como está: sin entrar nunca en vigor”⁵⁴⁵.

b) Motivos de procedencia del ‘recurso extraordinario por infracción procesal’.

Sobre algunas de las complicaciones que importa este régimen transitorio, simplificadaamente enunciado en el texto por razones expositivas, v. NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 95-98 (especialmente abordando los bemoles de la competencia provisoria del Tribunal Supremo en el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal).

⁵⁴² El texto vigente del citado Acuerdo puede ser consultado en el sitio web del Poder Judicial español: http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/_Acuerdos_de_Sal_a.

⁵⁴³ El texto completo de este reglamento, adoptado el 12 de diciembre de 2000, por los Magistrados de la Sala Primera del Supremo Tribunal español, puede encontrarse en el sitio citado la nota anterior.

⁵⁴⁴ Destaca GIMENO SENDRA que el dictado de este tipo de reglamentación importa una asunción “anómala” de funciones normativas por el Tribunal Supremo (GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso español de casación...”, cit. pp. 126-127). Sin perjuicio de ello, las críticas más intensas dirigidas a la primera versión de la reglamentación (2000) fueron dirigidas contra su contenido, especialmente en lo que respecta a la interpretación que se había hecho en ese documento de los alcances del instituto del “interés casacional”, tema al que nos dedicaremos más adelante (v. *infra*, ap. 4.c)).

⁵⁴⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso español de casación civil...”, cit., p. 120 y 124. Es de señalar que dicho autor ha planteado serios reparos a la legitimidad suprallegal de la reforma, ya que: i) al remover de la competencia del Tribunal Supremo una parte importante de su función casatoria (esto es, la uniformación de la interpretación de la generalidad de las normas procesales), podría estar alterando, en este punto, el rol constitucionalmente asignado a dicho cuerpo cimero; ii) la fragmentación de la doctrina procesal por la existencia de 17 posibles modos de interpretación de los derechos y garantías regulados en las normas adjetivas, puede significar una vulneración de la garantía de igualdad ante la ley; iii) el sistema de “opción” del art. 466 de la LEC (que califica de “absurdo”) por el que se prohíbe la coexistencia de ambas vías y se impone al recurrente elegir entre la impugnación del yerro “sustancial” (casación) o de la infracción “procesal” (recurso extraordinario por quebrantamiento de formas), ocasionaría una lesión al derecho de tutela previsto en el art. 24.1 de la Constitución española, en su manifestación del derecho al recurso (v. GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso extraordinario por infracción procesal”, en VVA [Dir.: PICÓ I JUNOY, Joan], *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 303-310; *íd.*, “El recurso español de casación civil...”, cit., pp. 121-124).

El cuadro de situación aludido no puede entonces ser descripto, sino mediante la explicación por separado de los motivos que dan lugar a uno y otro recurso, ya que ambos son, en el presente, materia de atención por parte del Tribunal Supremo, situación que se mantendrá mientras subsista el explicado régimen “provisional”. Veamos entonces como se ha planteado esta nueva sistematización de los recursos extraordinarios, comenzando por el de infracción procesal.

De acuerdo con lo normado por los arts. 468 y 469 de la LEC, dicho medio de embate procede contra sentencias⁵⁴⁶ dictadas por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia, en los siguientes casos:

i) Infracción de las *normas sobre jurisdicción* (vg., desconocimiento de la jurisdicción internacional o falta de asunción de la nacional; abordaje por la jurisdicción de materias propias de otros poderes o, a la inversa, ausencia de tratamiento de temas propios del servicio jurisdiccional, por entenderse ajenos a su ámbito de acción; resolución de controversias sometidas al arbitraje, etc.) y de las reglas de *competencia objetiva o funcional* (art. 469, inc. 1.1, LEC)⁵⁴⁷.

ii) Infracción de las *normas procesales reguladoras de la sentencia* (*íd.*, inc. 1.2). El motivo replica parcialmente la anterior previsión del art. 1692.1 de la LEC de 1881⁵⁴⁸, que había dado lugar a una tradicional discusión acerca del campo de acción de dicha causal. Especialmente, se discutía el deslinde de la misma con otros vicios del fallo que costaba encuadrar como errores ‘*in iudicando*’ o ‘*in procedendo*’ de la decisión (así, por ejemplo, la

⁵⁴⁶ Cabe destacar que en el diseño original de la LEC, las resoluciones susceptibles del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468, LEC) eran más amplias que las previstas para el recurso de casación (art. 477.2, ord. cit.), ya que el primero de los preceptos se refería a las “sentencias y autos”, mientras que el segundo sólo aludía a las “sentencias”.

Sin embargo, de conformidad con el explicado régimen “provisional” establecido en la cláusula final decimosexta de la LEC, *sólo son recurribles ante el Tribunal Supremo las mismas decisiones que pueden ser atacadas en casación* (conf. art. 477, ord. cit.), por lo que la referencia a los “autos” debe considerarse carente de vigencia, mientras no se ponga en plena operatividad el sistema diseñado por el legislador del año 2000. Se intentó, de este modo, impedir que se agrave la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo, que –como vimos– mientras dure dicho régimen provisorio es competente para conocer en ambos embates (v. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 534). Así lo determinó igualmente el TS en las pautas aprobadas a título reglamentario: “Están excluidos del recurso extraordinario por infracción procesal los autos, las demás resoluciones que no revisten forma de sentencia, las sentencias que debieron adoptar forma de auto y las sentencias que resuelvan cuestiones incidentales” (conf. “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”, cit., par. II).

⁵⁴⁷ V. NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 145-148; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 536-537.

⁵⁴⁸ Disponía el derogado art. 1692.3 de la LEC de 1881: “El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: [...] 3) *Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia* o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte” (énfasis agregado).

infracción de las normas que regulan institutos como la legitimación, la congruencia del fallo, la cosa juzgada, etc.). Con anterioridad, el deslinde de marras era necesario para desplegar una buena técnica impugnativa, ya que correspondía alegar el vicio correcto como justificativo de la revocación reclamada, aunque siempre dentro de una misma vía impugnativa (el recurso de casación). Pero en la nueva LEC, la huidiza distinción se torna imprescindible para la *elección correcta de la vía impugnativa*. Así, si dichos supuestos dudosos (vg., la falta de legitimación, incongruencia, etc.), fueran considerados como infracciones a “normas procesales de la sentencia”, correspondería que sean planteados a través del recurso extraordinario del art. 468 y ss. de la LEC; mientras que si se los viera como hipótesis de apartamiento a las “normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (art. 477, ord. cit.), cabría su articulación mediante el recurso de casación⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹ La doctrina no está conteste en la ubicación que corresponde dar a varias de las hipótesis problemáticas, en las que no es posible determinar con exactitud si se trata de defectos procesales de la sentencia (art. 469, LEC) o de los errores ‘in iudicando’ a los que alude el art. 477 del citado ordenamiento. Así, por ejemplo, si bien hay cierto acuerdo en considerar que las *falencias en la motivación* de la sentencia, las *violaciones al principio de congruencia* o a la *invariabilidad del pronunciamiento judicial* una vez dictado, constituyen vicios “formales” del fallo (lo que forzaría su impugnación por vía del recurso extraordinario por quebrantamiento de las reglas adjetivas) [v. en tal sentido, MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, ob. cit., pp. 73-74, 79; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 537-538; NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 150-152;]; no ocurre lo mismo con otras “zonas de penumbra”, como la *infracción de la cosa juzgada* (que los dos primeros autores citados entienden ajeno a la casación, MORÓN PALOMINO, ob. cit., p. 79 y ORTELLS RAMOS, ob. cit., p. 537; mientras que NIEVA FENOLL, ob. cit., p. 152, 179-180 y SERRÁ DOMÓNGUEZ, cit. por el publicista anterior, se expiden en sentido precisamente inverso, es decir, afirmando que se trata de un vicio impropio del recurso “por infracción procesal”), los *defectos lógicos del fallo* (v. NIEVA FENOLL, ob. cit., p. 152, considerándolos en general excluidos del recurso extraordinario por infracción procesal; contra: MORÓN PALOMINO, cit., p. 79, entendiendo a la contradicción de la sentencia como parte del elenco del art. 469 de la LEC), discusión que se replica sobre diversos puntos conflictivos, como la *falta de legitimación*, *carga de la prueba*, etc.

Las desaveniencias en realidad parten desde la base misma de la distinción, presentándose visiones totalmente diferentes acerca de la claridad de la misma en los antecedentes de la norma. Es decir, que si bien para una corriente doctrinaria la diferencia entre “defectos formales de la sentencia” y errores en la “interpretación de las normas necesarias para dar respuesta al objeto del proceso” corresponde a una tradición cimentada, que no presenta problemas sustanciales que la jurisprudencia relativa a la LEC de 1881 no haya resuelto (v. MORÓN PALOMINO, *La nueva casación ...*, ob. cit., p. ; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Verificación de los criterios esenciales de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil ...”, cit., pp. 3-14), para otros, inversamente, se trata de una distinción confusa que ha ocasionado un inconveniente de larga data, que la ley debió aprovechar para solucionar (v. NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación ...*, ob. cit., p. 148, nota 383; en el mismo sentido, v. asimismo el “Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil” del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, en *La reforma del proceso civil: informes a los anteproyectos de ley de enjuiciamiento civil y de reforma de la ley orgánica del poder judicial y texto de los anteproyectos de ley*, Madrid. 1998, p. 214 [en el que puede leerse que: “no parece razonable dividir tan radicalmente la infracción de normas sustantivas –recurso de casación- y la infracción de normas procesales –recurso extraordinario por infracción procesal-, atribuyendo su conocimiento a órganos distintos –Tribunal Supremo o Tribunales Superiores de Justicia-, sobre todo si se recuerdan las frecuentes zonas limítrofes entre fondo y forma que pueden aparecer al tratarse de temas como la congruencia y motivación de la sentencia, legitimación *ad causam* y *ad procesum*, o litisconsorcio pasivo necesario”]).

iii) Infracción de las *normas legales que rigen los actos y garantías del proceso* cuando la infracción determinare la *nulidad* conforme a la ley o hubiere podido producir *indefensión* (*íd.*, inc. 1.3). Se trata, como puede apreciarse, de una cláusula genérica que, siguiendo la interpretación postulada por NIEVA FENOLL, puede funcionar como un “motivo residual”, susceptible de incluir a todas las infracciones formales trascendentes ocasionadas en el proceso, idóneas para nulificarlo y no comprendidas en las restantes causales del art. 469 de la LEC⁵⁵⁰.

iv) Vulneración, en el proceso civil, de *derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución*⁵⁵¹, siempre que haya sido oportunamente planteado en las instancias de origen (*íd.*, incs. 1.4 y 2). Estamos ante diversas manifestaciones de lesión de la garantía del debido proceso, que -en buena medida- constituyen el género respecto del cual se superponen las hipótesis anteriores⁵⁵².

c) *Motivos de procedencia del ‘recurso de casación’.*

Habiendo repasado sintéticamente las causales que pueden invocarse a través del “recurso extraordinario por infracción procesal”, corresponde ahora hacer lo propio con el de casación.

Como fuera anticipado, el legislador del año 2000 ha querido ceñir la procedencia de este embate a los casos de conculcamiento de normas que permiten dar respuesta a la pretensión deducida, acogiéndola o desestimándola, buscando así consagrar una

⁵⁵⁰ NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 152-155 (considerando que dicha hermenéutica es la más adecuada en la especie, luego de cuestionar severamente la técnica del legislador en este punto); en el mismo sentido, ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 538.

GIMENO SENDRA, por su parte, brega por una futura reformulación del criterio histórico en el que funda la norma, por el que se otorga la posibilidad genérica de denunciar nulidades del procedimiento en esta instancia, considerando que el legislador debería prever un listado de vicios de forma causantes de nulidad radical e indefensión, lo que –agrega– “sin duda incementaría la seguridad de las partes, a la vez que contribuiría a eliminar la interposición de recursos temerarios” (GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso español de casación civil...”, cit., p. 133).

⁵⁵¹ Reza el art. 24, Constitución española:

“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

⁵⁵² Conf. arg. NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación ...*, ob. cit., p. 155.

especie de “casación material”⁵⁵³. Es por ello que, luego de apartar de este remedio la revisión de los errores “procesales” que antes le correspondían (v. apartado anterior), dejó como “único motivo” del mismo a la “*infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*” (art. 477.1, LEC).

Queda comprendida en este concepto una pluralidad de cuestiones de derecho, especialmente el apartamiento de las reglas sustantivas adecuadas para expedirse sobre el mérito de la controversia.

Cabe tener presente en este punto que, como reflejo de las diversas interpretaciones que se han dado respecto de los alcances (más o menos amplios) de las causales que dan lugar al “recurso extraordinario por infracción procesal”, pueden entenderse o no incluidas en el “motivo único” aludido, varias reglas de naturaleza adjetiva. En efecto, como ha sido adelantado, para algunos autores debe plantearse por medio del recurso de casación la revisión de la hermenéutica de disposiciones procesales que no regulan propiamente la forma de la sentencia, sino que sientan reglas de juicio útiles para hacer lugar o desestimar la pretensión (vg., sobre cosa juzgada, legitimación, carga de la prueba, etc. –v. apartado anterior–). En otras palabras, el resultado práctico del debate acerca de los conceptos de “normas procesales reguladoras de la sentencia” (art. 469, LEC, para el recurso extraordinario por infracción procesal) y “normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (art. 477, ord. cit., para el recurso de casación), se plasma finalmente en la selección correcta de la vía de embate por la que cada tipo de vicio debe ser denunciado, aspecto sobre el que –como se puede ver– la doctrina no es pacífica. De todos modos, cabe recordar una vez más que, en la actualidad, de acuerdo con el régimen “provisional” que rige en la materia (Disposición final 16°, LEC, v. *supra*, ap. a)), la discusión no incide sobre los alcances de la competencia del Supremo Tribunal, ya que ambos remedios aún tramitan ante sus estrados.

La generosidad de la alusión a las “normas jurídicas” (similar a la contenida en la LEC de 1881 –“normas del ordenamiento jurídico”–) ha dado lugar a posturas amplias que entienden adecuado incluir en dicho concepto, entre otras fuentes, a las

⁵⁵³ Así lo denomina GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso español de casación civil ...”, cit., p. 133, distinguiéndolo del “recurso extraordinario por infracción procesal”, que –a su juicio– también es una variante de casación, independientemente del nombre que le haya dado el legislador.

disposiciones constitucionales⁵⁵⁴, a la costumbre⁵⁵⁵ y a los principios generales del derecho⁵⁵⁶. Ello, sin perjuicio de la discusión históricamente suscitada en España acerca

⁵⁵⁴ V. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., p. 556; MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación ...*, ob. cit., p. 156 (dejando a salvo la denuncia de infracción de la garantía del debido proceso, art. 24 de la Const. Es., que debe ser articulada por vía del recurso extraordinario por infracción procesal). Por su parte, NIEVA FENOLL coincide en cuanto a la lectura del sistema diseñado por la LEC, aunque cuestiona la solución adoptada (es decir, la exclusión del art. 24 de la Const. Es. de los motivos de casación). Entiende que tal escisión es inconstitucional, ya que una norma procesal no puede apartarse de una ley orgánica [recordar el rango especial de éstas] como la LOPJ, que establece que “todos” los jueces y tribunales deben garantizar efectivamente los derechos y libertades de la Constitución (art. 7). De todos modos, aclara que el problema no es fundamental mientras subsista el régimen provisional de competencia unificada de los recursos extraordinarios referidos (v. NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación ...*, ob. cit., pp. 166-170).

En contra, considerando que toda infracción de la Constitución es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional: v. CANCER LALANNE, Enrique, “La Constitución como motivo del recurso de casación”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 7, 1999, pp. 111 y ss.; PÉREZ TEMPS, Pablo, “La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución”, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº 7, 1999, pp. 139 y ss. (ambos cits. por NIEVA FENOLL, *id.*, p. 167, nota 427).

El problema que presenta el delicado y no siempre claro deslinde entre las potestades del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo respecto de la interpretación de la Carta Magna, es abordado en la Exposición de Motivos de la LEC, al explicar las razones por las que ha optado por mantener la competencia del TS en la materia, sin desconocer las atribuciones propias del primero de los órganos citados. Lo justifica en estos términos:

“... [C]on este régimen de recursos extraordinarios, se reducen considerablemente las posibilidades de fricción o choque entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Este deslindamiento no es un principio inspirador del sistema de recursos extraordinarios, pero sí un criterio en absoluto desdeñable, con un efecto beneficioso. Porque el respetuoso acatamiento de la salvedad en favor del Tribunal Constitucional en lo relativo a *garantías constitucionales* puede ser y es conveniente que se armonice con la posición del Tribunal Supremo, una posición general de superioridad que el artículo 123 de la Constitución atribuye al alto Tribunal Supremo con la misma claridad e igual énfasis que la referida salvedad”.

“Puesto que los asuntos civiles en materia de derechos fundamentales pueden ser llevados en todo caso al Tribunal Constitucional, cabría entender que está de más su acceso a la casación ante el Tribunal Supremo. Siendo éste un criterio digno de atenta consideración, la Ley ha optado, como se acaba de decir, por una disposición contraria.”

“Las razones de esta opción son varias y diversas. De una parte, los referidos asuntos no constituyen una grave carga de trabajo jurisdiccional. Por otra, desde el momento constituyente mismo se estimó conveniente establecer la posibilidad del recurso casacional en esa materia, sin que se hayan manifestado discrepancias ni reticencias sobre este designio, coherente, no sólo con el propósito de esta Ley en el sentido de no excluir de la casación ninguna materia civil -y lo son, desde luego, los derechos inherentes a la personalidad, máximamente constitucionalizados-, sino también con la idea de que el Tribunal Supremo es también, de muy distintos modos, Juez de la Constitución, al igual que los restantes órganos jurisdiccionales ordinarios. Además, la subsidiariedad del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no podía dejar de gravitar en el trance de esta opción legislativa. Y no es desdeñable, por ende, el efecto que sobre todos los recursos, también los extraordinarios, es previsible que ejerza el nuevo régimen de ejecución provisional, del que no están excluidas, en principio, las sentencias de condena en materia de derechos fundamentales, en las que no son infrecuentes pronunciamientos condenatorios pecuniarios” (v. *Exposición de Motivos* LEC 1/2000, ap. XIV *in fine*).

⁵⁵⁵ Conf. SERRA DOMÍNGUEZ, “El recurso de casación en la LEC1/2000”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 100, nº 4, 2001, pp. 1135-1160; MORÓN PALOMINO, *La nueva casación ...*, ob. cit., pp. 163-164; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, ob. cit., p. 164.

⁵⁵⁶ MORÓN PALOMINO, *La nueva casación ...*, ob. cit., pp. 164-165; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 164-165. Es de advertir que, como precisan dichos autores siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se exige que la denuncia de infracción de principios generales del derecho venga acompañada de la indicación de la ley o de la jurisprudencia de la que los mismos emanen, lo que –agregamos– pone en duda la autonomía de dichos postulados como fuentes susceptibles de ser invocadas en casación. Y, relacionado con ello, dificulta, en el régimen de la LEC 1/2000, la queja basada en la conculcación de principios generales que no encuentren recepción positiva en algún precepto individualizable.

de sí, en la noción ahora prevista en el art. 477.1 de la LEC, cabe incluir (y, en su caso, en qué medida) a las reglas de valoración de la prueba (“máximas de la experiencia”, “sana crítica”, etc.) o, en general, a la fijación de los hechos controvertidos⁵⁵⁷.

Otra nota que puede ser destacada en este ámbito, es la *remoción de la “jurisprudencia”* (o “doctrina legal”, como se la denominaba antes de la reforma de la LEC en 1984) *entre los dispositivos cuya violación o errónea interpretación consentía la procedencia de este embate* (categoría que se mantiene en nuestro medio con algunos efectos prácticos aún visibles⁵⁵⁸). Si bien, a partir de esta novedad, sólo la infracción de la “ley” permite

Ello así, dado que la “jurisprudencia”, como tal, ya no es un motivo autónomo de casación sino un parámetro para la evaluación del “interés casacional” (v. lo que diremos sobre este tema *infra* en el texto).

⁵⁵⁷ V., entre otros, FAIREN GUILLEN, Víctor, “El control de los hechos en la casación (civil y laboral) española”, ob. cit., *pássim*; VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, “El modelo español de Casación ...”, cit. esp. pp. 381-383; *id.*, *La casación civil*, ob. cit., pp. 117-184 [esp. p. 142, criticando la jurisprudencia que tradicionalmente relegó de la casación a la revisión de la aplicación de las reglas de la sana crítica por considerarse que las mismas “no están en la ley”]; MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, ob. cit., pp. 167-190 (considerando “artificial” la distinción entre errores fácticos y normativos, con la consecuente recepción de una visión aperturista en la materia, por la que se habilita la revisión del juicio de hecho en casación); NIEVA FENOLL, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona, 2000, *pássim*; *id.* *El recurso de casación civil*, ob. cit. pp. 141-142, 176-178 (también sosteniendo la falta de sustento de la diferenciación entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, y considerando que la alegación de la infracción de las reglas de la sana crítica como motivo *in iudicando* de casación, en los términos del art. 477 de la LEC, “no puede presentar problema alguno”); GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso español ...”, cit., pp. 133-134 (entendiendo, por el contrario, que la ausencia de una causal relativa al “error de hecho en la valoración de la prueba” ha dado lugar a “bienintencionadas doctrinas jurisprudenciales, previstas para combatir la arbitrariedad [pero que] desvirtúan los fines de la casación”, y bregando por una reforma futura que permita que el TS controle la adecuada motivación de la sentencia en materia de prueba, anulando los pronunciamientos que incurran en “arbitrariedad” o “error patente”); ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 548 y 557-559 (entendiendo que el recurso de casación le limita al análisis de las cuestiones de derecho y que la revisión del juicio de hecho ha quedado excluida de sus confines, aunque -en la práctica- la distinción entre ambas categorías no se presente siempre clara).

⁵⁵⁸ A título comparativo, es de recordar la concordancia del texto anterior de la LEC con el art. 279 del CPC de la Provincia de Buenos Aires. Este último, al regular las causales que autorizan el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, alude a la violación o errónea aplicación de la “ley o doctrina legal”. Ciertamente que la derogación de dicha dualidad (“ley” o “doctrina legal”) sólo parecería producir en este ámbito un impacto menor respecto de la técnica del recurso. Es decir, que llevaría a que el recurrente, en vez de contentarse con denunciar la violación de la jurisprudencia de la Suprema Corte, deba además indicar en qué modo el apartamiento de la misma constituye, en paralelo, una infracción a la correcta interpretación de la norma en cuestión (criterio que, a pesar de la disyunción “o” contenida en el art. 279 del CPCC, impera hoy sin reforma del código, a la luz de la reciente confirmación, por mayoría, de la doctrina que impone, a quien señala como infringida la doctrina legal de la Corte, la cita de la norma legal que, emanada de dicha doctrina, resulte conculcada por el tribunal de apelación, v. SCBA, causas A. 68.826 “Manuel Aguirre S.A.”, sent. del 5-XI-2008; A. 69.199, “Rosl”, sent. del 6-V-2009).

Pese a ello, es de recordar que en sistemas como el de la Provincia de Buenos Aires, la infracción de la “doctrina legal” ha ganado un campo de acción propio en otros aspectos, como el de la determinación de la *suma gravaminis*. Así, en el proceso laboral, el recaudo del valor del litigio sólo rige cuando se denuncia la infracción de la ley, pero no cuando se cuestiona el apartamiento de una doctrina legal vigente (de derecho “sustancial”, según agrega constantemente la SCBA, v. L. 90.204, “Altamirano”, sent. del 10-X-2007 L. 94.185 “Santolin”, sent. del 15-IV-2009 L. 94690 “Pacheco”, sent. del 15-VII-2009, etc.). Es decir, que en este aspecto de la casación local, la diferencia entre la denuncia de violación de la “ley” o de la “doctrina legal” no se reduce a una cuestión de técnica recursiva, sino que tiene impacto cierto en las condiciones patrimoniales de admisión del embate.

impugnar una sentencia en casación, ello no importa que el legislador haya devaluado el peso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, dado que el desconocimiento de la doctrina sentada por éste es un parámetro fundamental para determinar la existencia de “interés casacional”. Por lo que si bien ahora el recurso no se puede basar exclusivamente en el apartamiento de la “doctrina legal” (debe denunciarse la infracción de la norma a la que la misma se refiere para cumplir con la técnica exigida en esta ámbito), dicha circunstancia se transforma en una pauta central para definir la admisibilidad del remedio examinado⁵⁵⁹.

c) *La prohibición del ejercicio simultáneo.*

Siendo que en el sistema diseñado por la LEC 1/2000, como acabamos de ver, las infracciones a las normas rituales y sustanciales cuentan con diversos carriles de impugnación (por más que en la actualidad tramiten “provisoriamente” ante el mismo órgano), el ordenamiento se vio en la disyuntiva de tener que dar solución a la hipótesis, por demás frecuente, en que una sentencia posea ambos tipos de vicio.

Frente a tal situación, una variante podría haber sido la suspensión del tratamiento de una de las impugnaciones deducidas, hasta que se resuelva la otra⁵⁶⁰, lo que hubiera importado obviamente consentir una regla previa: la *autorización* para que la parte

⁵⁵⁹ Conf. MONTERO AROCA, Juan – FLORS MATÍES, José, *El recurso de casación civil ...*, pp. 411-413; MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, ob. cit., pp. 81-87; ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, El Cano, Navarra, 2000, p. 571.

Una interpretación diversa postula NIEVA FENOLL, para quien la supresión de la referencia a la “jurisprudencia” del TS como motivo de la casación no es óbice a la posibilidad de alegar autónomamente dicha infracción en el ámbito de la casación, ya que –a su juicio- la modificación (criticada como un retroceso) debe ser leída conjuntamente con las previsiones relativas al recaudo del “interés casacional” (que –como más adelante precisaremos- identifican al apartamiento de la doctrina del alto cuerpo como un parámetro para estimar la presencia de aquella cualidad en cada caso) [v. NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 170-176] . Concluye así que “el interés casacional *no es un mero requisito de admisión, sino que es una concreción del motivo único de casación*, cuando se alega como infringida la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no se supera la cuantía de 150.000 euros” (ob. cit., p. 174, énfasis agregado, en cuanto a la suma citada, cabe recordar que actualmente es de 600.000 euros).

⁵⁶⁰ Cabe recordar que durante la vigencia de la LEC de 1881, cuando el recurso de casación comprendía los dos tipos de agravio (*in procedendo* e *in iudicando*), si se denunciaban ambos a la vez, se examinaba y decidía primero acerca del pretendido vicio adjetivo.

Asimismo, a título comparativo, un ejemplo de suspensión frente a la coexistencia de dos recursos puede encontrarse en Brasil, aunque –como veremos- con una distinta división entre los motivos por los que proceden los recursos de última instancia. En efecto, el ordenamiento adjetivo brasileño prevé la posibilidad de que una misma sentencia sea atacada por apartamiento de una ley infraconstitucional (mediante el recurso “especial” ante el TSJ) o de la Constitución misma (a través del recurso “extraordinario” ante el STF). En tal caso el *Código de Processo Civil* dispone que será tratado inicialmente el primero de los embates y luego de la definición que del mismo surja respecto de la interpretación de la ley pertinente, tendrá lugar el examen de la cuestión constitucional articulada en el recurso extraordinario (art. 543 §1, CPC Brasil; v. *infra*, par. VIII, ap. 2.2).

agraviada pueda atacar todos los defectos de la decisión, por cada una de las vías previstas en la nueva legislación.

Sin embargo, el legislador no siguió este criterio, sino que –por el contrario- se apartó del mismo desde su base: *prohibió* que el litigante afectado por una sentencia que entiende ilegítima, tanto desde la perspectiva procesal como sustancial, interponga sendos embates para atacarla. Así lo dispone el art. 466 de la LEC:

“1. Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación.

2. Si se preparasen por la misma parte y contra la misma resolución los dos recursos a que se refiere el apartado anterior, se tendrá por inadmitido el recurso de casación”.

La Exposición de Motivos de la reforma intenta justificar esta previsión considerando que: “*Nada tiene de heterodoxo, ni orgánica ni procesalmente y menos aun, si cabe, constitucionalmente, cuando ya se han consumido dos instancias, circunscribir con rigor lógico el recurso extraordinario de casación y exigir a quien esté convencido de haberse visto perjudicado por graves infracciones procesales que no pretenda, simultáneamente, la revisión de infracciones de Derecho sustantivo. Si se está persuadido de que se ha producido una grave infracción procesal, que reclama reposición de las actuaciones al estado anterior a esa infracción, no cabe ver imposición irracional en la norma que excluye pretender al mismo tiempo una nueva sentencia, en vez de tal reposición de las actuaciones. Si el recurso por infracción procesal es estimado, habrá de dictarse una nueva sentencia y si ésta incurriere en infracciones del Derecho material o sustantivo, podrá recurrirse en casación la sentencia, como en el régimen anterior a esta Ley*”⁵⁶¹.

Sin embargo, como fuera adelantado, algunos autores se han apartado de dicha valoración, cuestionando con serias razones el régimen de “opción” forzada entre una u otra vía y poniendo incluso en crisis su constitucionalidad⁵⁶².

⁵⁶¹ *Exposición de Motivos de la LEC 1/2000*, cap. XIV, párrafos 14 y 15 (énfasis agregado).

⁵⁶² V. GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso extraordinario por infracción procesal”, en VVA [Dir.: PICÓ I JUNOY, Joan], *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 303-310; *íd.*, “El recurso español de casación civil...”, cit., pp. 124 (calificando de “absurdo” al sistema y destacando que de consolidarse la reforma, esta prohibición, en el supuesto no infrecuente de que una sentencia incurra en ambos vicios, procesales y materiales, al tener legalmente que renunciar la parte gravada a uno de los dos frandes motivos,

Diverso es lo que ocurre con la hipótesis que ambos recursos (por infracción procesal y de casación), sean incoados por diversos litigantes. Dado que la ley no podría en ese caso imponer a uno de ellos que desista de su impugnación, se contempla por el legislador el tratamiento sucesivo de cada embate. En efecto, en tal caso se abordará inicialmente el recurso extraordinario por infracción procesal, que de ser acogido (con la consecuente anulación y reenvío), dejará sin virtualidad al de casación. Por su parte, mientras tramite aquel remedio, el de casación sólo avanzará hasta la fase de admisión y, de superarla, quedará suspendido hasta la resolución del primero (art. 488, LEC)⁵⁶³. Hasta aquí la regla imperante en la LEC 1/ 2000.

Sin embargo, como fuera advertido, la puesta en vigencia efectiva del sistema allí diseñado está postergado por la necesidad de una reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, rigiendo entre tanto el *régimen provisional* previsto en la cláusula final decimosexta de la LEC. Siendo que esta última coloca a cargo del Tribunal Supremo el conocimiento de ambos recursos extraordinarios, la solución prevista en materia de ejercicio simultáneo es diversa a la contemplada originalmente por el cuerpo adjetivo español. En efecto, el cuestionado principio de la “*alternatividad*” (o uno u otro, pero no ambos conjuntamente por la misma parte), ha cedido paso en la regulación transitoria vigente al día de la fecha, siendo así posible la interposición, en un mismo escrito, de ambas vías de impugnación, por la parte que denuncia que una misma sentencia padece de vicios nulificantes y de yerros ‘*in indicando*’ de derecho sustancial⁵⁶⁴.

en la práctica, ocasionaría la conculcación de su derecho a la tutela del art. 24.1 de la C.E., en su manifestación de derecho a los recursos [...]”).

⁵⁶³ Art. 488, LEC: “Sustanciación y decisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, cuando litigantes de un mismo pleito opten por distinto recurso extraordinario.

1. Cuando distintos litigantes de un mismo proceso opten, cada uno de ellos, por diferente recurso extraordinario, el que se funde en infracción procesal se sustanciará por el tribunal competente con preferencia al de casación, cuya tramitación, sin embargo, será iniciada y continuará hasta que se decida su admisión, quedando después en suspenso.

2. Si se dictara sentencia totalmente desestimatoria del recurso por infracción procesal, se comunicará de inmediato al tribunal competente para la casación, se alzarán de inmediato su suspensión y se tramitará el recurso con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo.

3. Si se estimare el recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación presentado quedará sin efecto, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 467 de la presente Ley”.

⁵⁶⁴ Disposición final decimosexta, LEC 1/2000 (parte pertinente): “1. En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia [...] Para la interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal se seguirán las siguientes reglas: [...] Cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infracción procesal y en casación, habrá de interponer ambos recursos en un mismo escrito. A la interposición de dichos recursos y a la remisión de los autos, les serán de aplicación los plazos establecidos en los artículos 479 y 482, respectivamente.

3.3) Procedimiento.

El trámite del recurso casación se divide en diversas fases correlativas previstas en el ordenamiento adjetivo, las primeras de las cuales, como luego veremos, tienen lugar ante el *a quo* y las restantes ante el *ad quem*.

Con la desaparición del procedimiento de “preparación del recurso” (Ley 37/2011⁵⁶⁵), el trámite del recurso de casación se ha simplificado, pudiendo actualmente identificarse las siguientes etapas: a) la interposición del embate ante el tribunal que dictó la sentencia atacada, dentro de los veinte días posteriores a la notificación de la misma (art. 479.1, LEC), debiendo contener los fundamentos de la impugnación (art.

3. Siempre que se preparen contra una misma resolución recurso por infracción procesal y recurso de casación, se tramitarán ambos en un único procedimiento. Cuando se trate de recursos presentados por distintos litigantes, se procederá a su acumulación.

4. Si se tramitarán conjuntamente recurso por infracción procesal y recurso de casación, la Sala examinará, en primer lugar, si la resolución recurrida es susceptible de recurso de casación, y si no fuere así, acordará la inadmisión del recurso por infracción procesal.

Cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3 del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Sólo en el caso de que el recurso de casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal.

5. Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia”.

⁵⁶⁵ La “preparación del recurso” era el paso inicial tradicionalmente contemplado en el régimen adjetivo español para este recurso, que consistía en la presentación, ante el *a quo* y dentro de los cinco días de notificada la sentencia atacada, de un escrito en el que se debe indicar sucintamente el o los motivos de la impugnación. Tal síntesis de los agravios no constituía la pieza de fundamentación del recurso, fase que se encontraba reservada para la oportunidad de la “interposición” propiamente dicha. La Exposición de Motivos de la LEC, justificó el mantenimiento de la etapa liminar examinada (y su consecuente distinción de la interposición propiamente dicha) afirmando la utilidad de que la parte recurrida tenga conocimiento, lo antes posible, de que la sentencia que lo favorece no está firme, así como en la inconveniencia de apresurar la faena de elaboración del recurso extraordinario. Se expresaba en tal sentido: “La Ley conserva la separación entre una inmediata preparación del recurso, con la que se manifiesta la voluntad de impugnación, y la ulterior interposición motivada de ésta. No parece oportuno ni diferir el momento en que puede conocerse la firmeza o el mantenimiento de la litispendencia, con sus correspondientes efectos, ni apresurar el trabajo de fundamentación del recurso” (*Exposición de Motivos de la LEC 1/2000*, par. XIII *in fine*).

La previsión, de todos modos, fue objeto de fundadas críticas. Antes de su derogación NIEVA FENOLL consideraba “sorprendente” el mantenimiento de la fase de “preparación” del recurso, en la LEC de 2000. Recordaba que esta etapa procedimental sólo se justificó históricamente ante la realidad imperante a la época de la sanción del anterior ordenamiento adjetivo. Así, frente a las obvias dificultades de comunicación existentes durante el siglo XIX, la LEC de 1881 previó este paso previo a efectos de certificar la literalidad de la sentencia atacada y, en su caso, la de primera instancia (si hubiera sido revocada), de modo de tener transcritas dichas piezas fundamentales para ser analizadas por el Tribunal Supremo. Necesidad que, agrega, desde hace décadas dejó de existir, en atención a la remisión directa de los autos ante el *ad quem* vigente desde 1966 (NIEVA FENOLL, Jorge, *La casación civil*, ob. cit. p. 222).

La Ley 37/2011, sancionada el 10 de octubre de ese año, entre otras reformas adjetivas destinadas a agilizar los procesos en España, dejó sin efecto esta etapa previa de “preparación” de los recursos devolutivos.

481, LEC); c) la remisión de las actuaciones al superior, seguida por el segundo análisis de admisibilidad, momento clave para el objeto de esta investigación, ya que en dicha oportunidad el *ad quem* juzgará el interés casacional del caso, cuando el mismo no cumpla con el recaudo de la *suma gravaminis* (arts. 482 a 484); e) traslado y oposición, en el que se plasma el principio de bilateralidad o contradicción ante el máximo tribunal (art. 485); f) la vista de causa, en la que las partes podrán informar acerca del recurso y de la oposición, acto que se celebrará cuando ambas partes lo soliciten o cuando la sala del tribunal lo disponga “para la mejor impartición de justicia” (art. 486); g) sentencia (art. 487).

3.4) El “recurso en interés de la ley”.

A consecuencia del explicado diseño recursivo de la LEC 1/2000, que removió del ámbito de la casación a la denuncia de infracción de las formas del juicio, sólo quedan dos vías para lograr la unificación de la interpretación de garantías procesales y normas de rito en general. En primer lugar, la promoción de un reclamo de tutela de derechos fundamentales de índole procesal ante el Tribunal Constitucional (art. 24, Const. española, v. *supra*. ap. 2.1), que, de ser admitido, terminará sentando doctrina sobre los alcances de la garantía comprometida. En segundo término, el ordenamiento adjetivo contempló la posibilidad de promover un recurso en interés de la ley, para lograr que el Tribunal Supremo ponga fin a posibles inconsistencias de los superiores tribunales regionales respecto de la interpretación de normas adjetivas.

El recurso en interés de la ley, por ende, subsiste en el régimen español como instrumento residual de uniformación jurisprudencial de temas procesales, frente a la supresión de la casación por quebrantamiento de formas del ámbito competencial del Tribunal Supremo⁵⁶⁶.

Ahora bien, como aún no se ha transferido efectivamente la competencia a los máximos tribunales regionales para que conozcan en el recurso extraordinario por infracción procesal (v. *supra*, ap. 3.2.a), el recurso en interés de la ley permanecerá

⁵⁶⁶ Hay autores que han criticado la subsistencia de esta figura, como GIMENO SENDRA, que ha calificado al recurso en interés de la ley como una “antigua joya de museo” (GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso español de casación civil...”, cit., p. 122).

inaplicable mientras continúe el régimen transitorio previsto en la cláusula final decimosexta de la LEC (v. *supra*, ibídem)⁵⁶⁷.

La legitimación para la promoción del recurso se reduce al Ministerio Público, al Defensor del Pueblo, a las personas jurídicas de derecho público cuyo objeto y actividad permita tener por acreditado un interés suficiente en la uniformidad de la jurisprudencia (vg., los Colegios de Abogados con carácter general, los restantes Colegios Profesionales cuando esté en juego la unificación de jurisprudencia relativa a prueba pericial⁵⁶⁸).

Al igual que sucede en otros regímenes que contemplan este resorte predominantemente abstracto de uniformación jurisprudencial, la sentencia que se dicte “no afectará a las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas” como contradictorias (art. 493, LEC). Es decir, que no produce una revisión de la cosa juzgada obtenida en los procesos tomados como referencia para demostrar la inconsistencia jurisprudencial de los tribunales inferiores. En caso que se hiciera lugar al recurso, el fallo del TS será publicado en el Boletín Oficial y se tornará vinculante para los restantes órganos jurisdiccionales civiles.

4) El interés casacional

4.1) Introducción y antecedentes.

Arribamos así al punto que interesa especialmente en esta investigación, relativo al parámetro incorporado por la LEC 1/2000 como elemento para analizar la admisibilidad del recurso de casación: el llamado “interés casacional”⁵⁶⁹.

⁵⁶⁷ V. ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., pp. 564-565.

⁵⁶⁸ ORTELLS RAMOS, ob. cit., p. 566.

⁵⁶⁹ V., en general sobre el tema: BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Araznadi, Cizur Menor, 2002; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *El interés casacional*, Madrid, Civitas, 2002; MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, ob. cit., pp. 87-88; NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 185-217; ORTELLS RAMOS, Manuel, “La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho español: Las técnicas de ‘unificación de doctrina’ y de ‘interés casacional’”, en VVAA (ORTELLS RAMOS, M., coord.), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008, pp. 163-231; *íd.*, “La Casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo”, en VVAA (ORTELLS RAMOS, M., coord.), *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp. 31-86, esp. pp. 58 y ss.; SAMARES ARAS, Carmen, “Recurso de casación por interés casacional y posible control casacional de la valoración de los hechos realizada por el tribunal de instancia”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, nº 2, 2005, on line: <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=246>; GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel Miguel, “Breve apunte sobre el acceso limitado a la casación en el sistema del libre acceso a los tribunales”, en VVAA [coord.: GIMENO SENDRA, José Vicente - CABEZUDO BAJO, María José], *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete*, Iustel, 2007, pp. 265-

La preocupación por la sobrecarga del Tribunal Supremo español venía siendo destacada desde hacía ya tiempo, habiéndose intentado algunas modificaciones legislativas con anterioridad al año 2000, destinadas a paliar dicho cuadro de situación. Así, la reforma de 1992 lo había intentado con medidas como la *derogación de la causal de casación basada en la existencia de “errores de hecho”* y la incorporación de un criterio de inadmisión que permitía el *rechazo liminar de recursos “manifiestamente infundados”*⁵⁷⁰ (fórmula similar a la que en Italia, como vimos, permite acudir al trámite abreviado ante la *Camera di Consiglio*, v. *supra* par. V, ap. 2.4)⁵⁷¹.

En 1997, un difundido documento del Consejo General del Poder Judicial (el “Libro Blanco de la Justicia”) enfatizaba el problema de la acumulación de asuntos tramitados ante el Tribunal Supremo, destacando que dicha patología dificultaba la consecución de los fines de la casación, dilatando en demasía la resolución final del pleito y fomentando la interposición de recursos dilatorios. Remataba señalando al respecto que “cualquiera que sean los criterios determinantes que se quieran utilizar para limitar el acceso a la casación, ésta hoy en día *no es concebible sin un riguroso trámite de admisión que rechace aquellos asuntos que carezcan manifiestamente de fundamento, de interés casacional o se refieran a cuestiones reiteradamente resueltas por el Tribunal*”⁵⁷².

Es así que se llega al año 2000, en el que se sanciona la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil que, entre sus diversas innovaciones, buscó transformar la fisonomía de la casación española. Ya hemos hecho referencia al cuadro de situación vigente en este ámbito luego de la reforma, por lo que cabe aquí simplemente recordar

278; RUIZ ZAPATERO, Guillermo, “La limitación del derecho de acceso a los recursos de casación y amparo constitucional”, en *Quincena Fiscal*, nº 8/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008 [*Westlaw.es*: BIB 2008/541].

⁵⁷⁰ Disponía el art. 1710, inc. 3º de la LEC reformada: “Asimismo dictará la Sala auto de inadmisión cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubiesen desestimado en el fondo recursos sustancialmente iguales. En este caso, puesta de manifiesto la causa de inadmisión, se oirá a la parte recurrente por el plazo de diez días antes de resolverse definitivamente. Para denegar la admisión del recurso por esta causa será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad”. La integración de la Sala respectiva, cabe señalarlo, también se modificaba, pasando de cinco a tres magistrados (art. 1712, LEC [conf. texto 1992])

⁵⁷¹ Ley 10/1992 del 30 de abril, “de medidas urgentes de reforma procesal”. V. a su respecto, VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, “El modelo español de casación (configuración histórica y evolución legislativa”, cit. pp. 426-428 [criticando la “involución” que la reforma implicaba respecto de la tradición española consistente en incluir dentro de las finalidades de la casación a las exigencias de justicia sustancial]; MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, ob. cit., pp. 63-64.

⁵⁷² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, esp. Capítulo Segundo II, párrafo 7.1. El “Libro Blanco de la Justicia” es un documento elaborado en el ámbito del Consejo General del Poder Judicial, que analizara los principales problemas del sistema de enjuiciamiento español y propusiera diversas líneas de reforma para solucionarlos (v. BANACLOCHE PALAO, Julio, “El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Rev. La Ley*, España, pp. 1887-1894).

las modificaciones que han buscado descongestionar al alto cuerpo o agilizar el trámite de los recursos que tramitan en su seno. Dichas medidas, a las que ya nos hemos referido, pueden ser sintetizadas de este modo:

a) Reducción de los alcances del recurso de casación. Se suprime del elenco de motivos de procedencia al apartamiento de normas adjetivas, mediante la creación del “recurso extraordinario por infracción procesal”, que tramita ante los Superiores Tribunales de Justicia de las Comunidades Autónomas (traspaso de competencia que, como vimos, carece de vigencia en la actualidad, hasta tanto –y si ello alguna vez sucede- se reforme la Ley Orgánica del Poder Judicial, v. *supra*, ap. 3.2).

b) la limitación de las resoluciones susceptibles del embate *sub examine*, permitiendo sólo la impugnación por este medio de “sentencias” dictadas por las Audiencias Provinciales, lo que deja fuera de su ámbito tanto la revisión de “autos”, como de decisiones finales emanadas de órganos jurisdiccionales de instancia única (v. *supra* ap. 3.2.b)).

c) el aumento considerable del valor del litigio o *suma gravaminis* como condición patrimonial para el ingreso del embate en esta instancia (que pasó de 36.000 a 150.000 euros [actualmente: 600.000 euros, conf. ley 37/2011])⁵⁷³, sin perjuicio de la introducción del criterio del “interés casacional” como pauta para examinar la admisibilidad de la impugnación de marras, tema que examinaremos a continuación.

4.2) El “interés casacional” como parámetro de admisión del recurso de casación.

a) Notas generales.

En el sistema de casación ideado por la LEC 1/2000, el “interés casacional” se inserta como un *parámetro que permite sortear las consecuencias del incumplimiento de las exigentes condiciones de admisión del recurso de casación*, especialmente de la *suma gravaminis*.

⁵⁷³ Los efectos del incremento aludido se vieron reforzados por la primera reglamentación aprobada en el año 2000 por la Sala Primera del Tribunal Supremo, a la que ya hiciéramos referencia. En este punto, el documento de marras *excluyó a las contiendas de monto indeterminado* del ámbito de la casación: “... el núm. 2 del art. 477.2 de la LECiv debe enlazarse con los arts. 249.2 y 250.2 LECiv, por lo que serán recurribles las sentencias recaídas en juicio ordinario, en relación con demandas cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas [actualmente 150.000 €], quedando excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o *indeterminada*, así como en el verbal” (v. “Criterios sobre recurribilidad, admisión ...”, cit.).

La actual reglamentación (“Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación...”, del 30 de diciembre de 2011, cit., par. I), dictada por el TS luego de la reforma de 2011 a la LEC (ley 37/2011), mantiene la inadmisibilidad de los recursos en litigios de monto indeterminado. Sin embargo, al mejorar sustancialmente el funcionamiento del instituto del interés casacional (v. *infra*, ap. d)), dicha previsión no impide que un caso de cuantía indeterminada tenga acceso en esa sede, si exhibiera tal relevancia.

Así, en un primer análisis, el instituto de marras se muestra como un mecanismo de selección de los que hemos dado en llamar “positivos”, ya que no ha sido pergeñado como un instrumento de limitación de una competencia potencialmente amplia, sino más bien como una válvula de apertura frente al incumplimiento de las condiciones patrimoniales exigida para que un caso pueda traspasar las puertas de ingreso a esta instancia.

Veamos como se encuentra regulado el instituto, centrando la atención en el art. 477 de la LEC, que –como hemos visto- constituye la norma fundamental en el diseño vigente de la casación española:

“Artículo 477. Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación.

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.
2. Cuando la cuantía del asunto excediere de 600.000 euros.
3. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional⁵⁷⁴.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

⁵⁷⁴ La redacción de este inciso corresponde a la reforma de la ley 37/2011, mediante la cual se aclaró sustancialmente el panorama que había generado el texto anterior, que rezaba: “3. Cuando la resolución del recurso presente interés casacional”. Dicho texto –como luego veremos con más detenimiento- había sido la fuente de la interpretación restrictiva sostenida reglamentariamente por el la Sala Primera del Tribunal Supremo, a través de los ya citados “Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación ...”, del año 2000. El texto vigente importa un avance sustancial para remediar el intenso debate que había suscitado dicha reglamentación, actualmente reemplazada por el también recordado “Acuerdo sobre criterios de admisión...” (2011).

De la transcripción aludida, puede comprobarse la idea anticipada, en el sentido de que, al partirse de una regla de inadmisibilidad (sólo en los casos previstos por la norma puede incoarse este embate) y fijarse, en paralelo, condiciones rigurosas para la apertura de dicha vía extraordinaria (conculcación de una libertad fundamental o monto del juicio superior a 600.000 euros), las infracciones normativas que en general tienen lugar en un proceso civil y comercial (vg., violación o errónea interpretación de la legislación fonal) sólo pueden acceder a esta sede si se demuestra que el caso posee “interés casacional”. Mediante esta válvula, el legislador buscó expresamente asegurarse que ninguna materia trascendente (es decir: idónea a efectos de fijar o hacer respetar su dictrina legal) quede marginada de los estrados del Tribunal Supremo⁵⁷⁵.

Queda claro entonces que, en el esquema pensado por el codificador, el instituto de marras cobra operatividad como criterio de apertura, para los casos en que no se den los restantes supuestos del art. 477 inc. 2. Por ello, de presentarse en la especie una denuncia seria de infracción a derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (salvo la garantía del debido proceso, que –como fuera adelantado- encuentra su cauce en el recurso extraordinario por infracción procesal) o una controversia de elevada cuantía económica, no habría necesidad alguna de examinar si la causa presenta o no “interés casacional”, ya que deberá ser admitida sin más.

Ya veremos cómo la intervención del Tribunal Supremo, dictando una serie de pautas de interpretación del sistema a fines del año 2000, alteró esta finalidad “aperturista” del interés casacional, problema que sólo pudo ser remediado mediante la reforma de la LEC del año 2011, que aclaró nuevamente el panorama en el sentido indicado. Sigamos por ahora con la presentación de los rasgos centrales del instituto analizado.

Otra característica general del mecanismo diseñado por la LEC, es la *identificación de las notas que definen su presencia*, de modo de restringir la “discrecionalidad” del alto cuerpo a la hora de interpretar el grado de relevancia que posee un caso como para ser llevado a sus estrados. Tal preocupación por circunscribir el “margen de maniobra” del

⁵⁷⁵ Esta tésis del instituto analizado se puede encontrar claramente en la Exposición de Motivos de la LEC, cuando se expresa que uno de los vectores principales de la reforma está constituido por el “propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil”, a la vez que potenciar “la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial” (*Exposición de Motivos* LEC 1/2000, ap. XIV, 8º párr.).

Tribunal Supremo en la materia, se evidencia en la misma Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, en la que, luego de explicar las características del esquema implantado, se expresa:

“De este modo, se establece con *razonable objetividad* la necesidad del recurso. Esta objetivación del *interés casacional*, que aporta más *seguridad jurídica* a los justiciables y a sus abogados, *parece preferible al método consistente en atribuir al propio tribunal casacional la elección de los asuntos merecedores de su atención*, como desde algunas instancias se ha propugnado. Entre otras cosas, la objetivación *elimina los riesgos de desconfianza* y desacuerdo con las decisiones del tribunal”⁵⁷⁶.

Una suscita observación comparativa es posible, cuando se cotejan los dos rasgos aludidos, con las características del llamado ‘certiorari’ argentino (art. 280, CPCN). En tal sentido, en cuanto al primer aspecto señalado, es de notar que, inversamente a lo que ocurre con el “interés casacional” español, el recaudo de “trascendencia” del recurso extraordinario federal funciona, en nuestro país, como una compuerta *de cierre* para una competencia apelada que carece de límites cuantitativos (es primordialmente “*negativo*”). Por otra parte, nuevamente en contraposición con el sistema ibérico, el legislador argentino *no determinó las pautas* que la Corte debe tener en cuenta para definir la “entidad” del asunto llevado a sus estrados, dotando así de mayor flexibilidad al instrumento de selección, con el consecuente aumento del poder “discrecional” del máximo tribunal.

b) Parámetros que definen el ‘interés casacional’.

Volviendo a la línea expositiva precedente, corresponde ahora que nos adentremos en las pautas plasmadas por el ordenamiento adjetivo, a efectos de determinar si un caso presenta interés suficiente como para ser oído por el Tribunal Supremo.

Del elenco fijado en el art. 477, inc. 3) de la LEC, pueden extraerse tres hipótesis fundamentales en las que se configura dicha nota:

⁵⁷⁶ *Exposición de Motivos* LEC 1/2000, ap. XIV, párr. 11° (destacado propio, salvo la cursiva de la expresión “interés casacional” que obra en el original). En contra de dicha visión, entendiendo que parte de un “concepto del ‘interés casacional’ falso, de carácter meramente mecánico y reducido a la conducción de obligado presupuesto de recurribilidad *al margen de su valoración discrecional que es la esencia o razón del concepto*”, v. ALMAGRO NOSETE, José, “Situación de la casación en España”, en VVAA, *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa*, ob. cit., pp. 247-260, esp. p. 257 (énfasis agregado).

i) cuando la sentencia recurrida *se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*;

ii) cuando la sentencia resuelva *puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales*;

iii) cuando la sentencia *aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor*, siempre que no exista jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Un examen integral de los parámetros aludidos, permite advertir la *tendencia del codificador a reforzar el rol de la doctrina legal* del alto cuerpo jurisdiccional. La función *uniformadora* de la casación cobra así preferencia en España dentro de las clásicas misiones que caracterizan a este medio de impugnación. Ello es así, dado que, de conformidad con el diseño referido, un caso es idóneo para ingresar en la más elevada instancia judicial con sustento en el “interés casacional”, sólo cuando sea necesario *sentar doctrina legal* sobre un punto conflictivo (*supra*, ap. ii) o novedoso (ap. iii), o *hacer respetar la jurisprudencia ya establecida* (ap. i).

Es de señalar igualmente que la enunciación previa es taxativa⁵⁷⁷, por lo que el Tribunal Supremo no podría tener en cuenta otros elementos de juicio para definir si un asunto tiene trascendencia suficiente para penetrar en dicha instancia.

Precisando los señalados presupuestos de operatividad del “interés casacional” tipificado en el art. 477.3 LEC, el TS determinó una serie de pautas para su configuración en cada caso, en el ya referido “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal” (2011)⁵⁷⁸. En lo que atañe a este apartado, el documento de marras detalló ciertos recaudos que serán necesarios a la hora de invocar la presencia de alguno de los casos de interés casacional.

El primero de ellos se refiere, con carácter general, a la necesidad de expresar con claridad la jurisprudencia que se solicita fijar a la Sala Primera del TS o que se

⁵⁷⁷ V. BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 37; PUGA GÓMEZ, Santos, “El interés casacional; Auto del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 676/2005, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005 [Westlaw.es: BIB 2005/1202], p. 5; REVERÓN PALENZUELA, Benito, “Interés casacional y Tribunal Constitucional. La convalidación constitucional de un acuerdo de dudosa constitucionalidad”, en *Aranzadi Civil*, n° 3/2005, Aranzadi, Pamplona, 2005 [en Westlaw.es: BIB 2005/842], p. 6.

⁵⁷⁸ Similares previsiones contenía la reglamentación antecedente sobre este punto (v. “Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, adoptados por los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta general de 12 de diciembre de 2000, cit., ap. I).

declare infringida, la que debe quedar identificada en el encabezado o formulación del motivo respectivo. Además, se debe indicar en el mismo lugar cuál de las hipótesis de interés casacional previstas en el art. 477.3 de la LEC, se funda la admisibilidad del recurso.

Pero por fuera de dichas previsiones formales, se insertan en la reglamentación una serie de recaudos adicionales que hacen a la configuración misma de las distintas hipótesis de interés casacional.

Así, en cuanto al primer supuesto contemplado en el art. 477.3 de la LEC (*oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*), se establece la necesidad de citar dos o más sentencias de la Sala Primera y de explicar cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas. Se aclara asimismo que los fallos no tendrán carácter jurisprudencial si hubieran sido dejados de lado por sentencias más recientes. Finalmente, se establecen pautas para juzgar la analogía del precedente con el caso a resolver y la necesidad de demostrar esa relación por el quejoso.

Por su parte, respecto de la segunda variante (*jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales*), precisa que tal inconsistencia debe igualmente ser demostrada por el recurrente, salvo que el TS aprecie que la contradicción fuera notoria, hipótesis en la cual al recurrente le basta con plantear adecuadamente el problema jurídico y citar las sentencias contrapuestas de las Audiencias Provinciales. En cuanto a los recaudos para la configuración de este supuesto, la reglamentación indica que el mismo tiene lugar cuando existe un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación. Se agrega que la diversidad de respuestas judiciales debe darse sobre “el mismo problema jurídico”, identidad que también debe ser acreditada por el impugnante. Por otro lado, el motivo no tendrá asidero si el TS hubiera sentado doctrina sobre el punto.

Finalmente, en lo atinente al tercer parámetro de interés casacional (*normas con menos de cinco años de vigencia*), se determina que el cómputo de dicho período debe efectuarse tomando como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor, mientras que el *dies ad quem* será la fecha en que se dicte la sentencia recurrida.

Como puede verse, la justificación adecuada de la presencia del interés casacional constituye una auténtica *carga del recurrente*, habiéndose considerado que el error técnico consistente en omitir dicha demostración en el escrito preparatorio, se transforma en un defecto insubsanable⁵⁷⁹.

c) *La primera interpretación “restrictiva” de la Sala I del Tribunal Supremo (2000).*

Ya hemos hecho referencia a los “Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, adoptados por los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Junta general de 12 de diciembre de 2000). Se trató de un polémico documento finalmente sustituido en el año 2011, a consecuencia de la reforma de la LEC (ley 37/2011).

Mediante dicho acuerdo general, la sala civil del cintero cuerpo español fijó una serie de pautas de interpretación respecto del régimen estatuido en el texto original de la LEC sobre los medios de impugnación que venimos analizando. Entre los aspectos allí abordados, se destacaba una polémica reglamentación del papel que juega el interés casacional en el sistema de admisión del recurso de casación, en la que se consagraba una línea de interpretación fuertemente restrictiva de las condiciones de acceso a la máxima instancia.

En efecto, como explicáramos más arriba, tanto la letra de la norma en su versión original (art. 477 la LEC), como la Exposición de Motivos de dicho cuerpo normativo, parecían definir un sistema armónico de reglas y excepciones que terminaban transformando al “interés casacional” en la principal fórmula de acceso a la casación (su verdadera clave de bóveda). Así, partiendo de la regla de exclusión de toda materia que no encuadre en las previsiones del art. 477 del ordenamiento de marras, no parecían existir dudas en el sentido que una causa podía ingresar al Tribunal Supremo: a) si estuviera en juego la protección de un derecho fundamental; b) si la cuantía del asunto superase los 150.000 euros (monto vigente en ese momento); o, c) en caso de no

⁵⁷⁹ V. DE CASTRO MARTÍN, Rosa M. - GONZÁLEZ VELASCO, Julián P., “El trámite de la admisión del recurso de casación civil en España, según la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo”, en VVAA (BONET NAVARRO, José (Dir.) – PASTOR, José Marín (Coord.), *El Recurso de Casación Civil*, Aranzadi – Thompson Reuters, 2010, Cizur Menor (Navarra), pp. 155-230, esp. pp. 215-219, con cita de numerosos precedentes del Tribunal Supremo.

darse las circunstancias precedentes, si el recurso presentara “interés casacional” (es decir, fuera idóneo para sentar doctrina legal en temas novedosos o debatidos, o para que la jurisprudencia ya fijada sea acatada).

Sin embargo, poco antes de que entre en vigencia la LEC 1/2000⁵⁸⁰, el Tribunal Supremo se apartó de la simplicidad de ese diseño, postulando una hermenéutica restrictiva que modificaba en gran medida el funcionamiento de este estándar de admisión. Así, en los “Criterios sobre recurribilidad...” emanados de la Sala Primera, se consagró la siguiente lectura del dispositivo en cuestión:

“Son susceptibles de acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LECiv), lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptar esta forma, en función de la recaída en primera instancia (art. 456.1 de la LECiv), siendo equiparables a aquéllas las resoluciones de recursos en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo del Convenio de Bruselas de 27 dic. 1968 (RCL 1991, 217, 1151 y LCEur 1972, 178 y LCEur 1989, 1327) y del Convenio de Lugano de 16 sep. 1988 (RCL 1994, 2918 y RCL 1995, 64 y LCEur 1988, 1544) (arts. 37.2 y 41).

Resoluciones recurribles son las dictadas en los *casos taxativamente previstos en los tres ordinales del art. 477.2 de la LECiv*, que *constituyen supuestos distintos y excluyentes*, por lo que sólo cabrá solicitar la preparación al amparo de uno de ellos y el tribunal no podrá reconducir a otro distinto del invocado por la parte; *el núm. 1 de este art. 477.2 de la LECiv ha de ponerse en relación con el art. 249.1.2º LECiv*, de manera que este caso se contrae a las sentencias recaídas en el *juicio ordinario* relativo a la tutela civil de cualquier derecho fundamental, salvo el de rectificación; *el núm. 2 del art. 477.2 de la LECiv debe enlazarse con los arts. 249.2 y 250.2 LECiv*, por lo que serán recurribles las sentencias recaídas en *juicio ordinario*, en relación con demandas *cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas [actualmente 150.000 €]*, quedando excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada, así como en el verbal; *el núm. 3 del art. 477.2 de la LECiv ha de concordarse con los arts. 249.1 (excepto su núm. 2) y 250.1 de la LECiv*, de manera que las sentencias recaídas en *juicio ordinario, por razón de la materia*, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en *juicio verbal, igualmente en atención a la materia*, así como las sentencias dictadas en los *procesos especiales* regulados en el Libro IV de la LECiv, en otros procedimientos especiales de la propia LECiv y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y Lugano, habrán de ser recurridas por la vía de este ordinal tercero, lo que hace preciso que la resolución del recurso presente interés casacional.

El ‘interés casacional’ tipificado en el art. 477.3 de la LECiv contempla en primer término la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del TS, lo que hace necesario citar dos o

⁵⁸⁰ La LEC 1/2000 entró en vigor el 1 de enero de 2001, siendo los “criterios” del TS de fecha 12 de diciembre de 2000.

más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas; en cuanto a la ‘jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales’, por tal debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica, sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferentes tribunales de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca; por lo que respecta a las normas con menos de cinco años de vigencia, el cómputo debe efectuarse tomando como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor, mientras que el *dies ad quem* será la fecha en que se dicte la sentencia recurrida” (énfasis agregado).

Un análisis del texto transcrito permite advertir que la base a partir del cual se definía el carácter restrictivo de la interpretación realizada por la Sala I del TS, se centraba en el entendimiento de que cada uno de los motivos previstos en los tres incisos del art. 477 de la LEC (lesión de derechos fundamentales, valor del litigio superior a €150.000 e interés casacional) tenía carácter “excluyente” y que, por otra parte, debían ser asociados a los diversos tipos de procesos declarativos (correlación entre cada causal y la variante de trámite por razón del monto o de la materia). De este modo, por ejemplo, al ser asociado el motivo de casación previsto en el art. 477, inc. 1 de la LEC (infracción de derechos fundamentales) con la categoría de procesos declarativos ordinarios destinados a tutelar tales prerrogativas (art. 249, inc. 1, ap. 2, ord. cit.), quedaba claro que no ingresarán por aquel numeral los asuntos en los que, pese a encontrarse en juego una libertad fundamental, no hubieran tramitado por juicio ordinario.

Especialmente limitativa se mostraba esta interpretación en lo referido a la interacción entre la *suma gravaminis* y el interés casacional. La intención del legislador, como vimos, había sido la de no excluir ninguna materia relevante a los fines de la casación, por razones vinculadas con el monto del juicio. Es decir, que si la causa no superaba los €150.000, de todos modos el quejoso podría invocar el “interés casacional” del asunto alegando la presencia de alguna de las hipótesis del art. 477, inc. 3), para penetrar la barrera de admisibilidad del recurso. Sin embargo, no fue

exactamente así como quedaron las cosas luego de la reglamentación a la que venimos haciendo referencia.

En efecto, al “enlazar” nuevamente el motivo de casación con el tipo de proceso respectivo, el TS entendió que la causal del inc. art. 477.2.2 (asuntos cuya cuantía superen los €150.000) sólo se aplicaba a los juicios que tramitaran por vía ordinaria en razón del monto de la demanda (art. 249.2, LEC). Esta hermenéutica no hubiera traído demasiados problemas si, por fuera de estos casos, el interés casacional hubiera mantenido la misión para la que el ordenamiento parecía haberlo ideado (es decir, para permitir el acceso al Tribunal Supremo de cuestiones económicamente insignificantes, pero institucionalmente trascendentes). Sin embargo, el obstáculo se terminaba de configurar cuando los “Criterios sobre recurribilidad ...” de la Sala Primera, al calificar a cada una de las causales del art. 477.2 como “excluyentes”, estableció que el “interés casacional” no regiría para asuntos que tramitaban por juicio ordinario en razón del monto (para ello –como vimos- estaba el caso del art. 477.2.2), sino exclusivamente *de la materia* (único campo de acción del art. 477. 2.3 [“interés casacional”]). Es decir, que sólo podía invocarse esta categoría cuando se recurría una sentencia de segunda instancia dictada en procesos a los que se le asignara el trámite respectivo (juicio ordinario, juicio verbal) no por la cuantía de la pretensión, sino por la materia involucrada (por ello se hacía referencia en la reglamentación a todos los incisos del art. 249, salvo el segundo, que determina la procedencia del proceso ordinario en razón del monto⁵⁸¹). Con lo cual, en definitiva, *el “interés casacional” dejaba de ser la herramienta*

⁵⁸¹ Dispone el art. 249 de la LEC: “Ámbito del juicio ordinario.

1) Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

1. Las demandas relativas a derechos honoríficos de la persona.

2. Las que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente.

3. Las demandas sobre impugnación de acuerdos sociales adoptados por Juntas o Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas o por órganos colegiados de administración en entidades mercantiles.

4. Las demandas en materia de competencia desleal, defensa de la competencia, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame. [...].

5. Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12 del apartado 1 del artículo 250.

subsidiaria de admisión en la que había pensado el legislador, es decir, la válvula de escape que permitía plantear en esta instancia cualquier materia novedosa o controvertida de derecho material, aun cuando el caso no fuera económicamente importante.

La doctrina fue conteste en cuestionar severamente esta reglamentación, afirmando su inconstitucionalidad principalmente sobre la base de entender que constituía una interpretación ‘*contra-legem*’ del art. 477 de la LEC, cuya letra, además de ser clara, se encontraba respaldada por la Exposición de Motivos del citado ordenamiento, que –como fuera anticipado- reflejó una intención diversa del legislador en lo que se refiere al rol del “interés casacional” en el sistema allí ideado⁵⁸².

Pese a dicha crítica, los cuestionamientos a los que fue sometida la reglamentación no tuvieron acogida ante el Tribunal Constitucional. Dicho cuerpo desestimó las objeciones dirigidas contra las previsiones aludidas, entendiendo que no se trataba de una hermenéutica que pueda ser tildada de “irrazonable” o “arbitraria”, ni que llevara a un conculcamiento del derecho a la tutela judicial efectiva ni del principio de igualdad⁵⁸³.

6. Las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia.

7. Las que ejerciten una acción de retracto de cualquier tipo.

8. Cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda.

2) Se decidirán también en el juicio ordinario las demandas cuya cuantía excedan de seis mil euros y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

⁵⁸² V. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Un torpedo a la casación”, en *Tribunales de Justicia*, 2001, n° 2, pp. 1-8; BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 23-33; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *El interés casacional*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 23-33; GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso español de casación...”, cit. pp. 126-127; NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, ob. cit., pp. 210-213; REVERÓN PALENZUELA, Benito, “Interés casacional y Tribunal Constitucional. La convalidación constitucional de un acuerdo de dudosa constitucionalidad”, en *Aranzadi Civil*, n° 3/2005, Aranzadi, Pamplona, 2005 [en *Wstlaw.es*: BIB 2005/842).

Por su parte, MORÓN PALOMINO considera que los “criterios” allí sentados sobre la admisión de los recursos extraordinarios no son vinculantes, en virtud del principio de sometimiento de los jueces y tribunales al imperio de la ley (categoría de la que excluye al documento en cuestión), quedando a la espera de la definición que eventualmente adopte el Tribunal Constitucional sobre la validez de dichas pautas (MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, ob. cit., p. 228).

⁵⁸³V. STC, 46/2004, de 23 de marzo, en sección “jurisprudencia” del sitio web del Tribunal Constitucional <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8245>; STC 150/2004, del 20 de diciembre, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n° 282, Madrid, Cortes Generales, octubre de 2004, tb. en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=8349>; para un análisis de la jurisprudencia del STC validante de la reglamentación de la Sala I del TS, v. REVERÓN PALENZUELA, Benito, “Interés casacional ...”, cit. esp. pp. 9-17)

La solución debió venir de la mano de una reforma legislativa, que finalmente tuvo lugar con la Ley 37/2011.

d) La reforma de la ley 37/2011 y la nueva reglamentación del Tribunal Supremo. Recuperación del sentido original del “interés casacional”.

La ley 37, sancionada el 10 de octubre de 2011, reformó el art. 477.2.3, aclarando el texto original de modo tal que la interpretación sostenida por el TS en los citados “Criterios sobre recurribilidad ...” (v. apartado anterior) quedara en falso.

La norma vigente deja aclarada la finalidad del instituto del interés casacional como instrumento para asegurar que ninguna controversia que satisfaga dicho estándar, quede excluida del conocimiento del TS. El nuevo precepto impide disociar los tres sub-incisos del art. 477.2, como lo había hecho la reglamentación del año 2000, ya que expresamente permite invocar el instituto de marras “cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia”.

La reforma hizo necesario sustituir los criterios interpretativos explicados en el apartado previo, mediante un nuevo documento: el citado “Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal”, del 30 de diciembre de 2011, en el que el interés casacional recuperó su fisonomía original. Como se lo expresa en el preámbulo de la nueva reglamentación:

“El eje de la reforma radica en la universalización del recurso de casación por razón de interés casacional, que es la modalidad que mejor permite al TS, en palabras del Preámbulo de la Ley 37/2011, ‘cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos’. Estos fines son los de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil y corresponden a la Sala Primera del TS como órgano jurisdiccional superior en el orden civil. Se reduce de este modo el recurso de casación por razón de la cuantía a una modalidad excepcional y se garantiza la igualdad entre todos los litigantes, cualquiera que sea el nivel económico del asunto [...]

La Ley 37/2011 establece con carácter general la existencia de un interés casacional —que consiste, en síntesis, en la necesidad de unificación o fijación de la interpretación de la ley— como presupuesto que da lugar a la admisibilidad del recurso, cualquiera que sea la forma de tramitación y la cuantía del asunto. Se exceptúan los asuntos que no se tramitan por razón de la materia y que tienen una cuantía superior a 600.000 €, en los cuales el recurso es admisible sin que concurra aquel presupuesto”.

De este modo, el interés casacional recuperó su tésis fundamental, que temporariamente había perdido algo de vigor, a consecuencia de la interpretación restrictiva que el Tribunal Supremo había realizado del instituto, al poco tiempo de la sanción de la LEC. En la actualidad, las notas definitorias del mecanismo analizado, a las que aludiéramos oportunamente (v. *supra*, ap. 4.a)], pueden considerarse en pleno vigor.

VIII. BRASIL.

1) Introducción

Dentro de las variantes que exhibe el derecho comparado sobre la materia de esta investigación, resulta interesante analizar el régimen brasileño de la *repercussão geral*, dotado de características que, en parte, se asemejan y, en parte, difieren de la regulación de nuestro país, como veremos a continuación.

Desde fines de 2004 (incorporación del §3º al art. 102 de la Ley Suprema brasileña, por Enmienda Constitucional nº 45, promulgada el 8 de diciembre de ese año), el acceso a la jurisdicción apelada del más alto cuerpo jurisdiccional de este país (Supremo Tribunal Federal –en adelante STF-), se encuentra limitada constitucionalmente al conocimiento de cuestiones que tengan “repercusión general”, es decir, aquellos casos en cuya resolución pueda estar interesada indirectamente⁵⁸⁴ la comunidad (o al menos un número relevante de sus miembros, como luego veremos), desbordando así el exclusivo interés de las partes.

La exigencia ha sido instaurada como un verdadero recaudo de admisibilidad del recurso, que debe ser alegado y demostrado por el quejoso y que será examinado en cada caso por el Tribunal en pleno, debiendo arribarse a una mayoría especial (2/3 de los miembros del STF, es decir, 8 de sus jueces) para desestimar un caso por la intrascendencia de las cuestiones allí planteadas.

2) Breve panorama de los “recursos excepcionales” en Brasil. El recurso especial y el recurso extraordinario.

⁵⁸⁴ Utilizamos aquí la expresión “indirectamente” refiriéndonos al valor del precedente como guía de conducta para los ciudadanos y como base para dar respuesta a casos similares (por oposición al efecto “directo” que el pronunciamiento posee para las partes en el pleito).

Previo a ingresar en el análisis de la *repercussão geral* en Brasil, resulta necesario hacer un bosquejo del régimen de los recursos previstos ante los superiores tribunales de dicho país, ya que su sistemática difiere parcialmente de la utilizada en otras latitudes (entre ellas, en Argentina). Por lo que consideramos esta parcela propedéutica será útil para encuadrar los alcances del instituto que aquí nos interesa, teniendo presente que la sistematización de dichos medios de impugnación no ha tenido, en nuestro país, el mismo grado de difusión que otras instituciones procesales brasileñas.

2.1) Particularidades del régimen federal brasileño.

En tal sentido es interesante destacar inicialmente que el *federalismo* tiene en Brasil connotaciones diversas tanto de las que nutren al tradicional sistema norteamericano, como de las que imperan en Argentina; y tales notas, en lo que aquí interesa, impactan en el modelo de casación allí vigente.

En efecto, como fuera adelantado (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 1.1), a partir de la reforma constitucional de 1934 el dictado de las normas de enjuiciamiento corresponde a la Unión⁵⁸⁵, por lo que la regulación es única para todo el país, a diferencia de la Argentina y de los EEUU, regímenes en los que –como es sabido– el diseño procesal es –por regla⁵⁸⁶– atribución propia de cada Provincia, por tratarse de materia no delegada en el gobierno nacional.

Esta particularidad es relevante en lo que hace a los recursos que tramitan ante los órganos más elevados de la jurisdicción federal brasileña, ya que, al estar dichos medios de impugnación mentados para custodiar la integridad del ordenamiento de la Unión, el cúmulo de asuntos que son susceptibles de ser articulados ante dicha sede se

⁵⁸⁵ De acuerdo con lo establecido en el art. 22.I de la Constitución Federal brasileña, “compete privativamente a la Unión legislar [entre otras materias], sobre derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo y aeronáutico”.

⁵⁸⁶ Como es sabido, en la Argentina se ha admitido excepcionalmente que el Congreso Nacional se involucre en tópicos procesales, cuando dicha regulación fuera indispensable para la vigencia de los derechos sustanciales previstos en las normas fundales (vg., legislación federal o común –código civil, penal, laboral, etc.–) cuyo dictado es atribución propia de aquél.

Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades, admitiendo la constitucionalidad de las reglas adjetivas emanadas del parlamento nacional, en tanto dichas disposiciones tengan “el fin de asegurar la efectividad de los derechos que consagra la legislación de fondo que le incumbe sancionar” (v. CSJN, “Fallos” 141:270; 162:396; 247:526; 328:4223, entre otros; v., asimismo, MERCADER, Amílcar, *Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento*, Ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939, pássim; PASSI LANZA, Miguel A., “Límites de las facultades legislativas de las Provincias en materia procesal”, LL 128-783; MORELLO, Augusto M., en JA 1959-IV-539, nota a fallo; ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar, 2ª ed., Bs. As., 1957, t. II, p. 46).

multiplica, cubriendo diversas materias que, en regímenes federales como el argentino, quedan -por regla- reservadas a la justicia provincial y resultan ajenas -por ende- a la competencia apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como ocurre típicamente con la interpretación de la legislación común (civil, comercial, laboral, etc.) y procesal (v. *infra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.c).

2.2) Sistemática de los recursos ante los Superiores Tribunales. Recurso especial y recurso extraordinario.

Como hemos expresado al inicio de este párrafo, la clasificación de los medios de impugnación que tramitan ante las máximas autoridades jurisdiccionales en Brasil, difiere de la que generalmente es reconocida en la Argentina y en otros países en los que se suelen distinguir los recursos en “ordinarios” y “extraordinarios”, según que, respectivamente (y sintetizando ciertamente el discurso): i) estén abiertos para todo tipo de agravios o posean causales taxativas de procedencia; y ii) permitan la revisión de cuestiones de hecho y derecho o admitan exclusivamente la revisión de las segundas⁵⁸⁷.

Esta sistemática tradicional, que -en general- termina englobando a la totalidad de los recursos que tramitan ante las supremas cortes o cortes de casación como “recursos extraordinarios”, no es adoptada en Brasil, que reserva la aludida denominación exclusivamente para el remedio que procede ante el Supremo Tribunal Federal, sin que se agote allí el elenco de medios de revisión del estilo casatorio (o, en nuestra terminología, “extraordinarios”). Veamos.

Hasta el año 1988, en la cúspide del sistema judicial brasileño se enclavaba el Supremo Tribunal Federal, órgano encargado de la custodia del derecho federal, tanto constitucional como infraconstitucional.

A primera vista, parece que esta competencia amplia (de custodio de la Constitución y de la legislación nacional) se asemejaba al esquema previsto en Argentina para la Corte Suprema de la Nación (art. 14 de la ley 48), cuerpo, este último, que no sólo tiene a su cargo el control constitucional de último grado, sino también la verificación de la correcta interpretación de las leyes federales infraconstitucionales (art.

⁵⁸⁷ V. HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos ordinarios ...*, ob. cit., 2º ed. pp. 68-70; PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, ob. cit., t. V, § 524, pp. 34-35; FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. VIII, p. 48.

14, inc. 3, ley 48). Sin embargo, debe tenerse presente que, como fuera señalado en el apartado anterior, la función nomofiláctica del Supremo Tribunal Federal brasileño en materia infraconstitucional alcanzaba a la totalidad de las leyes de la Unión. Es decir, que cubría no sólo lo que en Argentina se conoce como leyes federales propiamente dichas, sino también la normativa común (civil, penal, comercial, laboral, etc.) y la de índole procesal⁵⁸⁸, materias que –como fuera expresado– desde siempre y por motivos constitucionales han quedado en nuestro país exentas –por regla– de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema de la Nación.

Fácil es advertir que, frente a tal cuadro de situación, en el que la Unión conservaba una amplísima potestad legisferante y el STF tenía a su cargo la custodia final de su adecuada interpretación *in totum*, no pasaría mucho tiempo hasta que se produjera una sobrecarga de tareas por la copiosa gama de asuntos susceptibles de ser llevados ante el más alto cuerpo de justicia del extenso país vecino.

Fue así que, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, se alzaron voces que postulaban una reformulación del sistema recursivo de última instancia, como la que en 1963 desarrollara José Alfonso da SILVA⁵⁸⁹, que fuera sustancialmente receptada años después, con la reforma constitucional de 1988⁵⁹⁰.

Luego de la citada enmienda, la competencia para revisar la interpretación que los tribunales de grado hacen de dicho bloque normativo, ha sido escindida en dos órganos jurisdiccionales independientes entre sí: el Superior Tribunal de Justicia (cuerpo

⁵⁸⁸ V. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Recurso especial ...*, ob. cit., pp. 243-244; DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., p. 47-50; en general, para la historia del recurso extraordinario en Brasil, v. CORTÉS, Osmar Mendes Paixão, *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*, Forense, Rio de Janeiro, 2005, cap. III.

⁵⁸⁹ SILVA, José Alfonso da, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1963, pp. 454-456 (cit. por DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., p. 50).

⁵⁹⁰ Vale advertir, para el desarrollo subsiguiente, que las reformas sucesivas de la Constitución Federal brasileña se llevan a cabo con una rigidez menor a la exigida en otros países, como en la Argentina. En efecto, para reformar la Constitución en Brasil se necesita de una iniciativa mucho más accesible (puede proponer una enmienda el Poder Ejecutivo por sí, o cada cámara de la Legislatura con el voto de 1/3 de sus miembros), la misma es deliberada en dos turnos por el Congreso mismo (no por una Convención Constituyente *ad hoc*) y queda aprobada por una mayoría de 3/5 de sus miembros (art. 60, Const. Federal).

La mayor flexibilidad con la que puede hacerse ejercicio del poder constituyente derivado permite advertir que en ese país la enmienda constitucional no posee la gravedad institucional que cualifica dicho acto en Argentina o en los Estados Unidos y, por ende, autoriza en la práctica la inserción de modificaciones parciales al texto supralegal, como la que en 2004 terminó, entre otras reformas, incorporando a la *repercussão geral* como filtro para el andamiaje del recurso extraordinario.

de 33 miembros como mínimo⁵⁹¹, creado por dicha enmienda) y el Supremo Tribunal Federal (de 11 miembros y colocado en la cúspide de la organización judicial)⁵⁹². Mientras que el primero (STJ) tiene a su cargo examinar los casos en los que denuncia la infracción de las leyes federales distintas a la Constitución misma⁵⁹³; el segundo (STF), se encarga de analizar las cuestiones constitucionales propiamente dichas⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Dicha composición general (no menos de 33 magistrados), es establecida en el art. 104 de la Constituição Federal. Tales jueces conforman el Plenario del STJ, que retiene para sí facultades de administración, superintendencia y disciplinarias (responsabilidad de los magistrados).

Sin embargo, a los fines de juzgar las controversias llevadas ante sus estrados, el tribunal está dividida en tres secciones (*seções*), cada una de las cuales posee dos salas (*turmas*) de cinco miembros. Cada sección se aboca a una materia específica: la primera aborda a temas de derecho público (derecho administrativo, tributario, *mandados de segurança* -amparos- contra el estado, etc.), la segunda a materias de derecho privado (civil y comercial), mientras que la última analiza los casos de índole penal y aquellas que no quedan cubiertas por las primeras dos secciones.

Además de su competencia para resolver los recursos especiales, el STJ tiene, al igual que el STF aunque con diverso contenido, atribuciones jurisdiccionales *originarias* (acción de revisión en materia criminal, cuestiones de competencia entre jueces y entre éstos y la administración, etc.) y *recursivas ordinarias* (recursos contra decisiones de los tribunales regionales federales o jueces estatales, que desestiman *habeas corpus* o *mandados de segurança*; causas entre un estado extranjero y un vecino del país).

⁵⁹² EL STF tiene, además de la competencia recursiva extraordinaria que interesa a este trabajo, una amplia competencia *originaria* para entender, por ejemplo, en la *acción directa de inconstitucionalidad* de leyes o actos normativos federales o estatales, en la *acción declarativa de constitucionalidad* de leyes o actos normativos federales; en las pretensiones de *habeas data* y *mandados de segurança* (amparo) dirigidos contra actos de las más elevadas autoridades de la Unión (Presidente y Vicepresidente, mesa de las Cámaras legislativas, Procurador General, Tribunal de Cuentas y el propio STF), etc. (art. 102.I, Const. Fed. Br.). También tiene competencia *recursiva ordinaria* para revisar las sentencias de los tribunales superiores que rechacen *habeas corpus* o en casos que versen sobre crímenes políticos (art. 102.II, Const. Fed.).

Se trata de un Tribunal de larga tradición en Brasil, adoptando dicha denominación (Supremo Tribunal Federal) con la Constitución republicana de 1891, al suceder al Supremo Tribunal de Justiça que había sido creado por la Constitución Imperial de 1824 (v. CASTRO Filho, Sebastião de Oliveira, “Dos recursos excepcionais na constituição brasileira”, en MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 175-177).

En cuanto a su integración, como se señala en el texto, el STF cuenta con 11 miembros: un Presidente electo por sus pares y 2 salas (*turmas*), de 5 magistrados cada una. Mientras que para asuntos dotados de especial gravedad, se reserva la decisión al plenario (v. arts. 5 a 7, Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal [RISTF]), las salas o *turmas*, en lo que aquí especialmente interesa, están encargadas de resolver los recursos extraordinarios llevados ante los estrados del cuerpo cimero (art. 9.III, RISTF). Ver una compilación oficial actualizada del citado reglamento en: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Regimento Interno [atualizado até agosto de 2010 – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas]*, Brasília, STF, 2010, pp. 12-20 y 21-24 (respectivamente respecto de las citas contenidas en esta nota).

⁵⁹³ Procede el recurso especial contra las decisiones de única o última instancia de los tribunales regionales federales o los tribunales estatales o del distrito federal, cuando la decisión recurrida:

- a) contrarie un tratado o ley federal, o les negara vigencia;
- b) juzgue válido un acto de un gobierno local cuestionado por contrariar una ley federal;
- c) atribuya a la ley federal una interpretación divergente de la que le haya dado otro tribunal.

Del elenco mencionado puede advertirse la proximidad de los motivos de este embate, con algunos de los que prevé el tradicional art. 14 de la ley 48. Así el inciso 2 contiene el enunciado de una especie dentro de las cuestiones federales que en nuestro medio se denominan mayoritariamente “complejas indirectas” (v. *infra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.b), ya que, al entrar en colisión dos normas infraconstitucionales (en este caso, un acto del gobierno local distinto a una ley –ya que en este último supuesto correspondería en Brasil el “recurso extraordinario” y no el “especial”, v. siguiente nota al pie), se pone en juego la posible conculcación del principio de supremacía (del bloque federal frente a actos locales). Por su parte, los incisos a) [especialmente la primera parte] y c) se aproximan evidentemente a las “cuestiones federales simples” (v. *ibíd*), ya que importan agravarse del desconocimiento o de la errónea interpretación de una norma federal.

Nótese que, aun con la reforma aludida, se mantiene la concentración de los poderes de nomofilaxis del ordenamiento nacional y de uniformación de la respectiva jurisprudencia, en los máximos estratos del poder jurisdiccional brasileño. Ello así, dado que la reforma sólo ha bifurcado en dos órganos, ambos ubicados en la cúspide de la aludida organización judicial, la competencia para dicho contralor, sin restringir (al estilo en que históricamente se lo ha hecho en los Estados Unidos y la Argentina), las materias que pueden llevarse ante la más alta esfera del poder judicial de la nación. En otras palabras, no obstante la enmienda constitucional apuntada, el STJ y el STF siguen ejerciendo desde la cima del sistema jurisdiccional brasileño, un fuerte poder de inspección concentrado sobre la interpretación que los tribunales estatales hacen de la totalidad de la normativa cuyo dictado pertenece a la Unión (entre ellas, normas de derecho común y procesal)⁵⁹⁵.

Lo expresado nos permite volver a la sistematización de los recursos que tramitan ante los altos cuerpos de justicia brasileños.

Como hemos adelantado, la clasificación de los recursos en “ordinarios” y “extraordinarios”, no ha sido receptada por algunos autores en este país, del modo en que se lo ha hecho en otras latitudes. En Brasil, la denominación “recurso extraordinario” queda reservada para el medio de impugnación que tramita ante el Supremo Tribunal Federal (STF) y que –como fuera adelantado– versa fundamentalmente sobre tópicos de índole estrictamente constitucional. Por su parte, el

Reiteramos una vez más que la categoría de “normas federales” a la que se alude en el sistema brasileño es mucho más amplia que la prevista en nuestro ámbito, ya que incluye las disposiciones de derecho común y procesal.

⁵⁹⁴ De conformidad con el art. 102.III de la Constitución Federal brasileña, procede el recurso extraordinario contra las sentencias de única o última instancia cuando la decisión recurrida:

- a) contraríe una disposición de [esa] Constitución;
- b) declare la inconstitucionalidad de un tratado o ley federal;
- c) juzgue válida una ley o acto del gobierno local cuestionado por contrariar [esa] Constitución;
- d) juzgue válida una ley local cuestionados por contrariar una ley federal.

⁵⁹⁵ En nuestro país dicha concentración de potestades nomofiláticas y uniformadoras está vedada constitucionalmente, ya que –pese a algunas tentativas y argumentos que se han desarrollado para sostener infructuosamente lo contrario– no sería posible crear un órgano de casación nacional que revise la adecuada interpretación de la totalidad del ordenamiento cuyo dictado pertenece al Congreso Nacional: la legislación común (civil, penal, laboral, etc.) es una materia que –por regla– queda al margen del conocimiento de la Corte Suprema y de los tribunales nacionales inferiores si no se dan otras razones que susciten competencia federal (arts. 75, inc. 12 y 116, Const. Nac.), tramitando y feneciendo las causas respectivas, por ende, ante la justicia local. Por lo que son los Estados provinciales los que, al organizar su propio sistema jurisdiccional, pueden determinar (y de hecho así ha sucedido en todas las provincias argentinas) la presencia de tribunales superiores que ejerzan el rol casacional respecto de dichas materias, sin que –por ende– deba ser una sola la hermenéutica que de las mismas se haga en todo el país.

remedio que tiene lugar ante el Superior Tribunal de Justicia (STJ), pese a contar con las notas que –siguiendo la recordada categorización tradicional- permitirían encuadrarlo como un “recurso extraordinario” (conocimiento exclusivo de cuestiones de derecho, causales taxativas de procedencia, enclave institucional del medio de embate), es en cambio denominado “recurso especial”⁵⁹⁶. Este último, como veremos, a diferencia del “recurso extraordinario” no requiere como condición de admisibilidad la “repercusión general” de las cuestiones planteadas.

Finalmente, ambas especies son englobadas dentro del género “recursos excepcionales” o “de estricto derecho”⁵⁹⁷. Podríamos graficar esta sistemática del siguiente modo:

	Recursos excepcionales	
	<i>Recurso especial</i>	<i>Recurso extraordinario</i>
<i>Tribunal competente</i>	STJ	STF
<i>Materia</i>	Revisión de la interpretación de normas federales infra-constitucionales (incluye legislación común y procesal)	Revisión de cuestiones constitucionales
<i>Exigencia de “repercusión general”</i>	No	Sí

⁵⁹⁶ Es de advertir que como una misma sentencia puede generar agravios de índole infraconstitucional y constitucional, es posible interponer contra la sentencia definitiva del *a quo* los dos remedios aludidos (esto es, el recurso especial y el recurso extraordinario). En tal caso, será tratado inicialmente el primero de los embates y luego de la definición que del mismo surja respecto de la interpretación de la ley pertinente, tendrá lugar el examen de la cuestión constitucional articulada en el recurso extraordinario (art. 543 §1, CPC Brasil: “Admitidos ambos recursos, los autos serán remitidos al Superior Tribunal de Justicia. §1 Concluido el juzgamiento del recurso especial, los autos serán remitidos al Supremo Tribunal Federal, para el examen del recurso extraordinario...” [traducción propia]).

⁵⁹⁷ V. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, Recurso especial ... ob. cit. p. 243; v. CASTRO Filho, Sebastião de Oliveira, “Dos recursos excepcionais na constituição brasileira”, en MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 175-177 (disponible *on line* en la Biblioteca Digital Jurídica del STJ: <http://bdjur.stj.gov.br/xmliui/handle/2011/16074> [acceso: septiembre 2010]).

V. de todos modos la adopción de la clasificación tradicional entre “recursos ordinarios” y “extraordinarios” en DANTAS, Ivo, “Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação do recurso extraordinário”, en Revista *Jus Vigilantibus*, Sexta-feira, 3 de julio de 2009, esp. par. 1. Este autor reconduce la clásica distinción aludida para el derecho brasileño, considerando incluidos dentro de la categoría de recursos “extraordinarios” (o de “estricto derecho”) al recurso especial y al extraordinario *stricto sensu* (es decir, al que venimos haciendo referencia en el texto, que tiene lugar ante el STF para la revisión de cuestiones constitucionales).

3) Antecedentes de la repercusión general. La ‘arguição de relevância’.

a) Previo a la sanción de la enmienda constitucional n° 45/2004, que introdujera el recaudo de la *repercussão geral* como condición de admisibilidad del recurso extraordinario, tuvo vigencia en Brasil un instituto que es frecuentemente considerado como un antecedente relevante de aquél: la llamada *arguição de relevância*⁵⁹⁸. Aunque las connotaciones de ambos distan de ser idénticas, interesa hacer un breve repaso del mismo, para quedar luego en condiciones de examinar el régimen vigente teniendo noticia de sus orígenes.

Antes de la reforma de 1988, el Supremo Tribunal Federal contaba con atribuciones, reconocidas por el constituyente de 1969, para disponer en su Reglamento Interno (*Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal* [RISTF]) sobre “el proceso y el juzgamiento de los casos propios de su competencia originaria y recursiva”⁵⁹⁹. Fue a partir de dicha previsión que el STF estableció a partir de 1970 diversos límites para la admisión del recurso extraordinario (vg., *suma gravaminis*), dejando a salvo el andamiaje de este medio de embate para las cuestiones constitucionales, que no se verían acotadas por las restricciones aludidas (ni por las que luego sobrevendrían).

Frente a la insuficiencia de los topes aludidos para remediar su sobrecarga, en 1975, nuevamente en ejercicio de la referida competencia reglamentaria, el máximo tribunal introdujo una modificación al art. 308 del RISTF que, en lo que aquí interesa, introdujo en el ámbito del recurso extraordinario la *arguição de relevância*.

La sistemática, vale aclararlo, difería de la que tiempo después se institucionalizara como el requisito de la *repercussão geral* de las cuestiones constitucionales (v. *infra*, ap. 4).

⁵⁹⁸ Para un estudio específico y completo del instituto, remitimos a ALVIM, Arruda, *A arguição de relevância no recurso extraordinário*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, pássim.

⁵⁹⁹ La Constitución de 1967 (reformada sustancialmente en 1969) fue elaborada durante los primeros años de la dictadura militar entonces gobernante en Brasil. Dichos orígenes, así como los cuestionamientos que se hicieron al alto cuerpo por entenderse que había desbordado sus potestades reglamentarias al prever la *arguição de relevância*, le valieron al instituto un marcado desprestigio ulterior (v. DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, esp. ob cit. pp. 252 y 256).

Con el retorno a la democracia, la Constitución de 1988 (que entre otras novedades, como vimos, creó el Superior Tribunal de Justicia y le atribuyó al mismo parte de la competencia que poseía el Supremo Tribunal Federal) derogó la potestad legislativa que el STF tenía desde la Constitución de 1967 (art. 115, parágrafo único, ap. c)), perdiendo vigencia, a partir de allí, las previsiones sobre la admisibilidad del recurso extraordinario contenidas en el Reglamento Interno de ese máximo tribunal.

En efecto, la ‘*arguição de relevância*’ no constituía en realidad un requisito de admisibilidad de los recursos extraordinarios, sino un parámetro de selección “positivo” de los mismos, es decir, una “válvula de apertura” destinada a desplazar los límites “tasados” por el reglamento aludido, de acuerdo a la entidad de cada caso concreto. En otras palabras: el reglamento del STF preveía una serie de recaudos de admisibilidad para que un recurso extraordinario sea admitido, dejando así fuera de su ámbito de actuación un elenco de materias que no serían oídas en esta vía de impugnación (vg., faltas y contravenciones, delitos menores, ciertos tipos de habeas corpus, amparos [*mandados de segurança*] en los que no se haya juzgado el mérito, accidentes de trabajo, ejecución de sentencias, modos anormales de terminación del proceso, etc.). Sin embargo, con carácter general, en los casos en los que las cuestiones federales articuladas tuvieran “relevancia” las aludidas restricciones quedaban “neutralizadas”⁶⁰⁰, considerándose admisible un embate de tales características aun cuando quedara comprendido en aquel catálogo de temas excluidos.

No se instituía entonces a la trascendencia del tema como una condición de admisibilidad (por debajo de la cual un asunto no podría arribar a los estrados del máximo tribunal), sino como una cualidad que, al ser satisfecha, permitía obviar las restricciones del recurso extraordinario⁶⁰¹.

Durante los años subsiguientes el estándar cobró mayor entidad, a medida que, por sucesivas modificaciones del reglamento interno⁶⁰², se iba profundizando el repertorio de materias desterradas del recurso extraordinario. Al ser cada vez más difícil contar con un asunto que supere los rígidos criterios de admisibilidad allí establecidos,

⁶⁰⁰ La expresión pertenece a Arruda ALVIM, *A arguição de relevância ...*, ob. cit., p. 27 (refiriéndose a la “función “antagónica o neutralizadora” de la relevancia, respecto de los criterios generales de exclusión del recurso extraordinario, determinados por la naturaleza, la especie o el valor pecuniario de la causa).

⁶⁰¹ Nótese, en tal sentido, que la *arguição de relevância* venía a cumplir en Brasil un rol similar al que en Argentina tenía –y tiene– la “gravedad institucional”, creación pretoriana utilizada consistentemente desde 1960 (aunque con antecedentes más remotos) para sortear ciertos valladares impuestos al recurso extraordinario federal (vg., los requisitos de sentencia definitiva, del superior tribunal de la causa, de la resolución contraria el derecho federal, etc.; llegando incluso a permitir que se soslaye el recaudo de la cuestión federal misma, durante ciertos períodos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación).

⁶⁰² En 1980 el STF reformó su reglamento interno agregando hipótesis de exclusión en las que no sería admisible el recurso extraordinario.

En una nueva modificación de 1985, *directamente se invirtió la regla* y se pasó a considerar que sólo sería admisible un recurso en determinadas hipótesis (vg., denuncia de infracción a la Constitución Federal, desconocimiento de una súpula vinculante del STF, causas penales en las que se haya condenado a pena de reclusión, acciones populares, etc.). En los demás casos, es decir, si no se verificara alguna de dichas variantes, quedaba al recurrente la posibilidad de demostrar la relevancia de la cuestión federal debatida para lograr acceder a los estrados de ese cuerpo cimero.

la demostración de la relevancia de las cuestiones articuladas se transformó en el camino más transitado para peticionar al STF que revise una controversia determinada.

Finalmente, en 1988, con el retorno a la democracia y la iniciativa política de suprimir el producto normativo de los gobiernos de facto, fue derogada la señalada atribución “legislativa” del STF⁶⁰³, perdiendo así vigencia la *arguição de relevância*, que para ese momento –como lo indica Bruno DANTAS- era tachado como un instituto antidemocrático⁶⁰⁴.

b) Otro antecedente del instituto de la “repercusión general”, recordado por Ivo DANTAS⁶⁰⁵, es el de la exigencia de “trascendencia” para el recurso de revista que procede ante el Tribunal Superior del Trabajo (TST)⁶⁰⁶ (Medida Provisoria n° 2.226, del 4 de septiembre de 2001).

Dicha disposición, que el autor considera vigente⁶⁰⁷, incorporó al principal cuerpo de leyes laborales de ese país (la “Consolidación de las Leyes del trabajo” o CLT), el art. 896-A en estos términos:

⁶⁰³ En la actualidad los tribunales conservan la potestad de dictar sus “reglamentos internos”, pero observando las normas procesales cuyo dictado corresponde al Poder Legislativo (art. 96, Const. Federal: “Art. 96. Compete privativamente ... a los tribunales: a) elegir a sus órganos directivos y elaborar sus reglamentos internos, observando las normas del proceso y las garantías procesales de las partes, disponiendo sobre la competencia y el funcionamiento de los respectivos órganos jurisdiccionales y administrativos” [traducción propia]).

⁶⁰⁴ DANTAS, Bruno, ob cit., p. 256.

⁶⁰⁵ DANTAS, Ivo, “Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação do recurso extraordinário”, cit., esp. par. 1.

⁶⁰⁶ El *Tribunal Superior do Trabalho* (TST) es el órgano ubicado en la cúspide del fuero laboral brasileño y tiene una función típicamente casatoria respecto de la jurisprudencia de este último. El aludido fuero consta de tres instancias: la primera constituida por las *Varas do Trabalho* (que son competentes fundamentalmente para la resolución de las controversias laborales individuales); la segunda, conformada por 24 *Tribunais Regionais do Trabalho* (encargados de resolver en instancia originaria los conflictos colectivos, acciones ‘*rescisórias*’ –equiparables a la revisión de cosa juzgada- contra sentencias propias y de las ‘*varas*’ y *mandados de segurança* -amparos- contra actos de sus jueces); y, finalmente, la tercera, a cargo del *Tribunal Superior do Trabalho*, que tiene competencia en todo el territorio nacional y su principal misión es uniformar la jurisprudencia relativa a la legislación laboral (v. para un detalle de la integración y estructura de la justicia del trabajo en Brasil, la página web del TST: <http://www.tst.jus.br>).

⁶⁰⁷ Puede de todos modos advertirse, en algún fallo del TST, una negativa a la aplicación de este instituto sobre la base de la ausencia de reglamentación del instituto, en caso en el que el recurrente había invocado la trascendencia de la cuestión articulada ante sus estrados, para apontocar la admisión del embate. En tal sentido, sostuvo la Sala 2ª del TST, luego de examinar y descartar la admisibilidad del recurso deducido de conformidad con las reglas generales, que: “En cuanto a la alegada trascendencia de la causa, en los términos del art. 896-A, de la CLT, téngase presente que, independientemente de cualquier otra consideración, la reglamentación del art. 2º, de la Medida Provisoria n° 2.226/2001, no fue concretada por esta Corte, restringiéndose la admisibilidad del Recurso de Revista a los términos del art. 896 consolidado” (TST, 2ª Turma, AIRR - 303640-13.2003.5.02.0046, sent. del 21 de julio de 2006).

“El Tribunal Superior del Trabajo, en el recurso de revista, examinará previamente si la causa ofrece trascendencia con relación a los reflejos generales de naturaleza económica, política, social o jurídica”.

Aclarando dicha Medida Provisoria en su art. 1º:

“Art. 1º: [...]”

§ 1º - se considera trascendencia:

I – *jurídica*, el desprecio patente a los derechos humanos, fundamentales o a los intereses colectivos indisponibles, que comprometan la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas;

II – *política*, el desprecio notorio al principio federativo o a la armonía de los Poderes constituidos;

III – *social*, la existencia de una situación extraordinaria de discriminación, de afectación del mercado de trabajo o de perturbación notable de la armonía entre capital y trabajo;

IV – *económica*, la resonancia de la magnitud de la causa en relación a una entidad de derecho público o de economía mixta, o la grave repercusión de la cuestión en la política económica nacional, en el segmento productivo o en el desarrollo regular de la actividad empresarial” (traducción propia).

Analizados así brevemente los antecedentes más relevantes del instituto que aquí nos interesa, estamos en condiciones de avanzar en el examen de sus notas fundamentales.

4) La ‘repercussão geral’ en el recurso extraordinario ante el Superior Tribunal Federal (STF) de Brasil.

4.1) Generalidades

Luego de determinar las materias propias de la competencia del STF por vía extraordinaria (como vimos: cuestiones estrictamente constitucionales), dispone el art. 102 § 3º de la Constitución Federal brasileña (texto conf. enmienda nº 45/2004⁶⁰⁸):

⁶⁰⁸ Cabe mencionar que, en los fundamentos de la propuesta de enmienda luego aprobada, fue expresamente tenido en cuenta como antecedente el derecho argentino, que para ese entonces ya contaba con la previsión que autoriza a la Corte Suprema de la Nación a desestimar recursos extraordinarios carentes de “trascendencia” (art. 280 del CPCN, conf. ley 23.774 [1990]).

Así, el diputado Aloysio Nunes FERREIRA, que se encargó del relato general de la propuesta, expresaba en 1999: “[...] En la misma línea, procurando crear un filtro para los recursos de naturaleza extraordinaria, se reintroduce la necesidad de la demostración de la repercusión general de las cuestiones constitucional y federal discutidas en los casos ... Es lo que ya llamamos ‘relevancia’ y que los argentinos denominan ‘trascendencia’ de la materia”; haciendo luego alusión expresa a la mencionada reforma del art. 280 del CPCN (v. estos antecedentes en DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob cit., pp. 213-216; en general, pueden relevarse los antecedentes parlamentarios de la reforma constitucional examinada, en http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=14373). Similares referencias al derecho argentino se encontraban ya en los orígenes de la reforma, que datan del año 1992, como lo recuerda Guilherme Beux Nassif AZEM al citar los fundamentos explicitados por el Ministro José Celso de MELLO, durante los trabajos

“§ 3º En el recurso extraordinario el recurrente *deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso*, en los términos de la ley, *a fin de que el Tribunal examine la admisión del recurso*, pudiendo solamente desestimarlos por decisión de los dos tercios de sus miembros” (traducción y destacado propios)⁶⁰⁹.

Cobró así carta de ciudadanía en el texto suprallegal del país vecino, el instituto de la “repercusión general” como herramienta de selección cualitativa de los asuntos susceptibles de ser llevados ante los estrados de su más alta instancia jurisdiccional.

Como fuera anticipado y se advierte en la misma sistemática de la reforma, el recaudo en cuestión *sólo rige para el recurso extraordinario y no para el recurso especial* (que procede ante el Superior Tribunal de Justicia). Dicho *alcance parcial de la reforma* ha sido cuestionada por algunos autores, por dos razones principales: i) desde una perspectiva conceptual, se ha cuestionado la solución, por entenderse que esta sistematización permitiría considerar intrascendente una cuestión constitucional (que parecería configurar el más elevado fin de la judicatura de última instancia), mientras que paradójicamente sería imposible restar interés a una articulación infraconstitucional⁶¹⁰; ii) desde un costado estrictamente práctico (aunque no por ello menos importante), se ha advertido que, de este modo, el STJ carece de instrumentos para paliar “su” propia crisis: recordemos que dicho tribunal tiene que velar por la adecuada interpretación de la totalidad de la normativa dictada por la Unión (excepto las cuestiones

de la Comisión Especial destinada a dictaminar sobre la propuesta de enmienda constitucional n° 96-A, de 1992 que luego se reeditara en 1999 para ser sancionada –con variantes- en 2004 (v. AZEM, Guilherme Beux Nassif, *Recurso extraordinário e repercussão geral*, disponible en el sitio web de la *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*: <http://www.abdpc.org.br/abdpc> [sección “Artigos”, acceso: septiembre 2010]).

⁶⁰⁹ Art. 102 § 3º de la CF: “*No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros*”.

⁶¹⁰ En tal sentido Arruda ALVIM considera sorprendente que “en el plano del derecho constitucional brasileño haya cuestiones constitucionales que no provoquen repercusión general, al paso que, en el ámbito relativo a las cuestiones legales de derecho federal, todas ellas provocan o provocarían esa repercusión, dado que no resultó instituido –o, hasta ahora no resultó instituido–, ese sistema, o análogo, para el STJ” (ALVIM, Arruda, “A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral” en *VVAA Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 63; v., en la misma línea argumental, MEDINA, José Miguel García – WAMBIER, Luiz Rodrigues – ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, “Repercussão geral e súmula vinculante”, tb. en *Reforma do Judiciário ...*, cit., pp. 373-374).

constitucionales, que son propias del recurso extraordinario), por lo que termina conociendo en una multiplicidad de materias de derecho⁶¹¹.

En cuanto a la ubicación del instituto dentro de la sistemática recursiva, la forma en que ha quedado regulada la exigencia aludida permite calificarla como una verdadera *condición de admisibilidad inexcusable* del remedio articulado. Es decir que, a diferencia de lo que ocurre en la Argentina (donde la intrascendencia de un asunto puede ser obviada por la CSN según su “sana discreción”)⁶¹², en Brasil sólo puede darse trámite a un recurso extraordinario en la medida en que el mismo sea relevante. De lo contrario, no habría posibilidad de admitir “discrecionalmente” la impugnación: la misma debe ser indefectiblemente desestimada.

Así lo insinúa el texto suprallegal, que impone al quejoso “demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso ... *a fim de que el Tribunal examine la admisión del recurso*”. Criterio que -por otro lado- ha sido avalado la doctrina de ese país⁶¹³, así como por la ley 11.418 (reglamentaria de este instituto) que inhibe al STF de conocer en recursos extraordinarios que porten cuestiones irrelevantes⁶¹⁴.

La innovación fue mentada para producir un cambio fundamental en los alcances del recurso extraordinario brasileño, ya que tiende a potenciar el rol nomofiláctico y uniformador que en materia constitucional le cabe al Supremo Tribunal Federal, a la par que reduce sensiblemente la incidencia de la función axiológica del instituto, asociada

⁶¹¹ Se ha señalado que la creación del STJ en 1988 no fue acompañada de instrumentos eficaces de control del número de recursos ante él interpuestos, tornándose en la práctica una corte de tercera instancia, a la cual cualquier persona puede someter su caso en la práctica (DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., p. 54), coincidiendo así con la opinión de Arruda ALVIM en cuanto a que la Enmienda Constitucional n° 45/2004 desperdició la chance de extender al recurso especial el presupuesto de la repercusión general (ALVIM, Arruda, “A EC n° 45 e o instituto da repercussão geral”, cit. 68).

⁶¹² Volveremos sobre este punto más adelante al penetrar en la dogmática del ‘certiorari’ federal argentino y el vigente en la Provincia de Buenos Aires, v. *infra* capítulo cuarto, par. IV, aps. 2 y 4 y capítulo sexto, par. IV, ap. 6.

⁶¹³ V. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Recurso especial, extraordinário ...*, ob. cit., 2° ed., pp. 299-303; MARINONI, Luiz Guilherme - MITIDIERO, Daniel Francisco, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 32-33; SILVA, Bruno Mattos e, “O STF e a repercussão geral no Recurso Extraordinário”, en *Jus Vigilantibus*, Terça-feira, 23 de outubro de 2007 (*on line* en <http://jusvi.com/artigos/29259> -acceso: septiembre 2010-; DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., pp. 216-220).

⁶¹⁴ La ley de marras, aprobada en el año 2006, incorporó al CPC brasileño el art. 543-A, que en su encabezado comienza estableciendo: “El Supremo Tribunal Federal, en decisión irrecurrible, *no conocerá del recurso extraordinario, cuando la cuestión constitucional en él incorporada no ofreciera repercusión general*, en los términos de este artículo [...]”.

especialmente al *ius litigatoris*, de hacer justicia “en el caso concreto” y según las particularidades que el mismo exhibe⁶¹⁵.

4.2) Configuración de la repercusión general.

Examinaremos en este apartado un aspecto fundamental en la conceptualización del recaudo examinado, como son los criterios que se han postulado para calificar la “repercusión general” de las cuestiones debatidas.

Dada la indeterminación de la expresión aludida (nota común a los diversos filtros cualitativos receptados en el derecho comparado), fácil es imaginar que la doctrina haya postulado diversas categorías para circunscribir sus alcances⁶¹⁶.

Existe de todos modos un consenso general respecto de la necesidad de que, para que se presente tal nota, las cuestiones *deben exceder el mero interés individual de las partes*. Los matices se presentan cuando se busca precisar los supuestos en que dicha hipótesis quedaría configurada.

MARINONI y MITIDIERO⁶¹⁷ consideran que la repercusión general exige una conjugación de dos factores: la “trascendencia” y la “relevancia” de las cuestiones debatidas. El primer aspecto (*trascendencia*), estaría asociado con la incidencia de la resolución del caso más allá del interés subjetivo de quienes intervienen en la litis, mientras que el segundo (*relevancia*) se configuraría frente a la importancia del tema desde el punto de vista económico, político, social o jurídico.

Por su parte, DANTAS considera que existen dos aspectos fundamentales a la hora de definir si un caso cumple con la condición prevista en el art. 102 §3º de la Constitución Federal: i) un primer aspecto *subjetivo* que (al estilo de la “trascendencia” a la que se refieren los autores citados en el párrafo anterior), impone al intérprete indagar en el grupo social que potencialmente recibirá los influjos de la eventual

⁶¹⁵ V. DANTAS, Bruno, ob cit., esp. p. 257 y 260.

⁶¹⁶ V. entre otros autores que han buscado precisar los alcances de la expresión “repercusión general”: MARINONI, Luiz Guilherme - MITIDIERO, Daniel, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, ob. cit., pp. 33-37; DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., pp. 236-249; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Recurso especial, recurso extraordinário ...*, ob. cit., 2º ed., pp. 290-303; SILVA, Bruno Mattos e, “O STF e a repercussão geral no Recurso Extraordinário”, cit., esp. par. 1; ARAÚJO, José Henrique Mouta, “A eficácia da decisão envolvendo a repercussão geral e os novos poderes dos relatores e dos tribunais locais”, en *Revista autônoma de processo*, Arruda ALVIM – Eduardo Arruda ALVIM (coord.), n° 4, 2007, pp. 269-286; KAZUKO FUJIOKA MOLOGNI, Celina - PITELLI ZAMARIAN, Livia, “A Repercussão Geral Como Novo Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário”, en *UNOPAR Científica Jurídica e Empresariais*, Londrina, v. 9, n. 1, Mar. 2008, pp. 37-46.

⁶¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme - MITIDIERO, Daniel, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, ob. cit., p. 33.

decisión, para verificar que se trata de un grupo social “relevante” (aunque no necesariamente debe incluir a la totalidad de la sociedad); y ii) un segundo factor *objetivo* (similar a la “relevancia” también mencionada *supra*), relativo a las materias que en sí mismas poseen aptitud de impactar indirectamente en determinados sectores de la sociedad, si no en la sociedad entera⁶¹⁸.

Pese a la señalada similitud de esta conceptualización con la de los publicistas citados previamente, DANTAS se encarga de aclarar que ambas dimensiones del fenómeno de la repercusión general no deben ser confundidos, ya que “si bien todo lo que es relevante trasciende, no todo lo que presenta trascendencia posee relevancia”⁶¹⁹. De allí que –a su entender- el criterio (objetivo) de “relevancia” constituye un elemento subsidiario que permite juzgar presente el recaudo de la repercusión general, aún cuando el grupo social indirectamente interesado sea una minoría o se trate de un problema regional o local y no de alcance nacional⁶²⁰.

Sintetizando lo expresado, puede advertirse que, entre los autores que han dedicado sus esfuerzos a definir la repercusión general, es una idea entendida que dicho recaudo sólo que configura cuando las cuestiones debatidas en la causa desbordan el interés particular de los litigantes. También hay coincidencia en identificar dos facetas que hacen a la determinación de tal cualidad: i) la incidencia subjetiva (“trascendencia”) del pronunciamiento del Supremo Tribunal frente a un grupo relevante de personas que podrá valerse del precedente para valorar la licitud de su conducta; ii) la importancia objetiva (“relevancia”) del problema analizado, desde una perspectiva social, política, económica. Sólo se advierte una divergencia en cuanto a la necesidad de que dichos factores se presenten infaliblemente juntos para habilitar el conocimiento de la causa por el STF, o si, en determinadas circunstancias, la presencia de uno de ellos (vg., la relevancia objetiva de una cuestión meramente local o regional), pueda ser suficiente para superar el filtro examinado.

Es de destacar que los criterios descriptos tienen reflejo en la misma Ley n° 11.418, del 19 de diciembre de 2006, que modificó el Código Procesal Civil brasileño (*Código de*

⁶¹⁸ DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., pp. 239-245.

⁶¹⁹ *Ibid*, p. 248. En sentido diverso, entendiendo que las nociones de “relevancia” y de “trascendencia” están íntimamente ligadas, no siendo posible hablar de cuestión relevante que no sea trascendente y viceversa: v. SILVA, Bruno Mattos e, “O STF e a repercussão geral no Recurso Extraordinário”, cit., esp. par. 1).

⁶²⁰ *Ibidem* nota anterior.

Proceso Civil)⁶²¹, incorporando algunas disposiciones orientadas a reglamentar el § 3 del art. 102 de La Constitución Federal. Así, el nuevo texto del art. 543-A § 1° del citado ordenamiento dispone en este punto: “§ 1° Para los efectos de la repercusión general, se tendrá en consideración la existencia, o no, de *cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, social o jurídico, que sobrepasen los intereses subjetivos de la causa*”.

Ahora bien, independientemente de estas previsiones generales, existe una hipótesis específica de repercusión general “tarifada” por el legislador, que se presenta cuando el recurso impugne una decisión “contraria a una sùmula o jurisprudencia dominante del Tribunal”. En tal caso, el legislador considera inmediatamente comprometida una cuestión de dicha índole, sin necesidad de valorar específicamente el cumplimiento de los parámetros generales previamente reseñados. Se trata, como puede verse, de una presunción *iure et de iure* de relevancia de un caso, por la sola circunstancia de que en el mismo se haya desconocido la jurisprudencia dominante del alto cuerpo⁶²².

4.3) *Procedimiento para la determinación de la repercusión general. Mayoría agravada para desestimar el recurso extraordinario.*

⁶²¹ Pese a la ubicación sistemática de la norma (es decir, su inclusión en el ámbito del ordenamiento adjetivo civil), por vía interpretativa deben ser extendidos sus alcances a la totalidad de los sistemas de enjuiciamiento (vg., en el proceso penal), ya que se trata de una exigencia constitucional. Así lo destaca DANTAS, quien critica la modificación que el parlamento hizo del proyecto de ley original, en el que la reglamentación de la “repercusión general” se adoptaba mediante una ley especial, independiente de los diversos cuerpos de rito (Dantas, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., pp. 276-277). Como veremos más adelante, ambas variantes de técnica legislativa han sido adoptadas en nuestro país. En el ámbito nacional, la ley 23.774 incluyó el llamado “certiorari argentino” reformando el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En la Provincia de Buenos Aires, por el contrario, el instituto fue incluido dentro de las atribuciones de la Suprema Corte en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 31 bis, ley 5827), por lo que es de aplicación directa a todas las materias en las que actúa la casación local (civil, comercial, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.).

⁶²² En líneas generales, puede discutirse si el respeto de la doctrina sentada por una Corte Suprema en el pasado, constituye un tópico relevante como para sortear automáticamente un filtro de selección cualitativo de esta índole. En verdad, la hipótesis de marras, parece inicialmente orientada a garantizar la igualdad ante la ley de quien ha tenido una controversia idéntica a la resuelta previamente por el máximo tribunal, aunque con resultado diverso. En tal sentido, el supuesto analizado podría considerarse más próximo a la defensa del interés individual del recurrente (*ius litigatoris*) que al despliegue de las misiones fundamentales del cuerpo cimero (*ius constitutionis*).

Como veremos oportunamente (v. capítulo sexto, par. V, ap. 3.2.d)], consideramos que esta variante que se pone en juego para el análisis de la repercusión o trascendencia de un asunto (es decir, la hipótesis desconocimiento de la jurisprudencia ya sentada), sólo rompe la barrera del interés individual y se proyecta hacia el de la comunidad, cuando la reiteración de dicha infracción pone en juego el respeto institucional debido al órgano encargado de uniformar la interpretación de la ley. De lo contrario, la corrección del desconocimiento ocasional de un precedente determinado, aunque sustentado en buenas intenciones (dar un trato igualitario a los ciudadanos), pone predominantemente en juego el interés del litigante afectado por dicha ignorancia.

a) El tema de esta apartado resulta un aspecto central en la *dinámica* del instituto de marras, ya que, una vez analizados brevemente los criterios adoptados en Brasil para juzgar la existencia o ausencia de repercusión general de los asuntos llevados ante el STF, es interesante examinar el modo en que dicho cuerpo lleva adelante tal inspección.

En tal sentido, es dable señalar inicialmente que el constituyente brasileño ha intentado proteger a los judicantes de la banalización del estudio de trascendencia, esto es, del riesgo que el instituto de la “repercusión general” se transforme en una herramienta de descongestión irreflexiva, que autorice a cerrar las compuertas de acceso a la máxima instancia de control constitucional del país, sin un estudio serio del caso.

Para lograr dicha finalidad, la citada Ley Suprema impone una *mayoría calificada* para sustentar el rechazo de un recurso que no cumpla con dicha estándar de admisibilidad. Es decir, que si bien para decidir la admisión de la impugnación rigen las reglas generales sobre la conformación de la voluntad decisoria del alto cuerpo, para su desestimación es necesario contar, por exigencia constitucional, con el *pronunciamiento de 2/3 de sus miembros* (Art. 102 § 3º, *in fine*, Constitución Federal)⁶²³.

b) Ahora bien, ¿cómo se desarrolla esta fase del trámite del recurso extraordinario?

El primer aspecto que resulta interesante notar es que, a partir de la citada reforma del año 2006, el ordenamiento adjetivo brasileño parecería colocar en cabeza del recurrente la *carga de demostrar la existencia de la repercusión general* al interponer el recurso extraordinario (art. 543-A §2º, CPCC, conf. ley 11.418/2006⁶²⁴).

Sin embargo, se ha destacado que, por tratarse de un requisito de admisibilidad de “orden público” del citado medio de impugnación, tal alegación no vincula al STF, que podría entender en el caso aun frente a la insuficiencia de los motivos exteriorizados

⁶²³ Es de advertir, de todos modos, el proyecto de enmienda constitucional presentado en el año 2005, destinado a avanzar en la llamada “*Reforma do Judiciário*” (inaugurada con la reforma n° 45/2004 a la que hemos hecho referencia en el texto).

Si bien inicialmente el mismo no tenía novedades en lo que se refiere al tema ahora analizado (v. el texto original de la propuesta en <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/261223.pdf>), posteriormente se introdujo una revisión de la mayoría calificada de 2/3 necesaria para rechazar un recurso con sustento en la ausencia de “repercusión general”. Se motivó esta ampliación del proyecto afirmándose que tal forma de decidir (2/3) “conspira contra el objetivo de celeridad que inspiró a la Reforma del Poder Judicial, impidiendo que el Supremo Tribunal Federal pueda utilizar la repercusión general con la debida frecuencia como filtro para los recursos extraordinarios” (v. el proyecto con la ampliación postulada en <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/428877.pdf>; v. asimismo DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., p. 222, quien expresa su “preocupación” por la propuesta de reforma).

⁶²⁴ Establece dicho precepto: “[...] § 2º El recurrente deberá demostrar, en la parte preliminar del recurso, la existencia de repercusión general, para apreciación exclusiva del Supremo Tribunal Federal”.

por el quejoso para acreditar tal extremo⁶²⁵. Lo cual obviamente importa una atemperación del calificativo de “carga” que utilizáramos previamente, ya que –de acuerdo con dicha línea de pensamiento- la sanción frente al incumplimiento de la misma (inadmisión) podría ser obviada por el cimero cuerpo al valorar de oficio la existencia de repercusión general en las cuestiones debatidas.

c) Un segundo aspecto que es necesario observar en lo que hace al procedimiento para la determinación del recaudo de la repercusión general, es el de las atribuciones que en Brasil poseen los *jueces “relatores”*⁶²⁶ en el trámite recursivo.

En efecto, los poderes asignados en el vecino país a tales magistrados son muy superiores a los que, entre nosotros, son acordados a los presidentes de los tribunales colegiados de alzada (vg., de la Corte Suprema de la Nación⁶²⁷, de las supremas cortes provinciales o de las cámaras de apelación), que se ciñen fundamentalmente al dictado de las providencias de trámite vinculadas con el desarrollo de la instancia ante el *ad quem* (vg., arts. 273, CPCN; 268, 283, CPCBA, etc.).

No obstante que, en Brasil, los cuerpos de alzada (y especialmente -como hemos visto- los de última instancia: el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal) también tienen una composición colegial, las reglas del CPC fueron progresivamente ampliando las potestades de los jueces encargados de dirigir el trámite (relatores), concediéndoles incluso la *atribución de desestimar un recurso inadmisibile o manifiestamente improcedente*. Recuerda en tal sentido BARBOSA MOREIRA⁶²⁸ que si bien en el sistema primitivo del ordenamiento adjetivo civil sólo por excepción se difería al relator el poder de decidir, por sí, la suerte del recurso (vía *agravo* o, en nuestro léxico, al

⁶²⁵ DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., pp. 228-229. ARRUDA ALVIM WAMBIER, por su parte, advierte que la simple ausencia de dicha demostración por parte del recurrente genera su inadmisión, considerando que dicha solución “es de extrañar, dado que por tratarse de una materia de orden público, dado que se refiere al juicio de admisibilidad del recurso extraordinario, debería ser apreciable de oficio” (ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Recurso especial, extraordinário ...*, ob. cit., p. 300).

⁶²⁶ No es dable confundir terminológicamente la expresión “relator” contenida en la ley, en la doctrina y en los fallos del STF, con la homónima utilizada en Argentina, en general, para denominar a los funcionarios que prestan funciones de asesoramiento e investigación en el ámbito de una Corte, al estilo de los *law clerks* norteamericanos. Como se advierte en el texto, el “relator” es uno de los jueces del STF que, en el procedimiento ante dicho alto cuerpo, tiene importantes atribuciones para decidir monocráticamente determinadas cuestiones.

⁶²⁷ Cabe aclarar que la CSN ha delegado en funcionarios de menor rango el dictado de ciertas providencias de mero trámite, que -por ende- no necesitan ser adoptadas con la firma de ninguno de los Ministros del máximo tribunal, sino con la de Secretarios o Subsecretarios.

⁶²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 8° ed., 1999, vol. V, p. 613 y 644.

resolver una queja), el tratamiento de la materia fue bastante modificado con posterioridad, ampliándose tal prerrogativa en el trámite ante el STF y ante el STJ, extendiéndose luego este criterio a otros tribunales.

En la actualidad, y en lo que interesa a esta investigación, el art. 557 del CPC brasileño dispone que el relator a cargo del estudio liminar del recurso extraordinario (rol que se asigna por sorteo o prevención, de acuerdo con el Reglamento Interno del STF⁶²⁹), podrá: i) desestimar recursos manifiestamente inadmisibles, improcedentes, prejuzgados o que se contrapongan a una *súmula* o a la jurisprudencia dominante del tribunal; ii) hacer lugar al recurso cuando la decisión atacada se hubiera apartado de una *súmula* o de la referida jurisprudencia dominante.

Frente a la decisión del relator, de todos modos, cabe la posibilidad de requerir su reconsideración (“*agravo interno*”) en el plazo de 5 días, planteo que será resuelto por el “órgano competente para la resolución del recurso” (art. 557 §1º, CPC Brasil) y que, de ser descartado por su manifiesta improcedencia, conllevará la imposición de una multa al quejoso del 10% del valor del litigio, cuyo depósito será condición para incoar cualquier otro embate (art. cit., §2º).

A través de esta herramienta de revisión, la norma busca obviamente compensar la celeridad procurada mediante la adopción de decisiones monocráticas de los jueces relatores, con el respeto de las mayorías necesarias para resolver en un tribunal colegiado. Se entiende, en definitiva, que la viabilidad de un medio de embate cuasi-horizontal, resuelto por el mismo cuerpo que hubiera entendido *ad initio* en el caso, permite dar por satisfechas las reglas generales de actuación de la voluntad decisoria grupal. En cuanto a la eficiencia del sistema, obvio es decirlo, la apuesta del legislador parte de la confianza en que, generalmente, las partes se contentarán con la decisión del relator⁶³⁰, ya que de otro modo la actuación de este último sólo configuraría un paso dilatorio más para la pronta resolución de la controversia.

d) Entendida en líneas generales la importante misión a cargo del “relator” del recurso extraordinario, resta por ver cómo se acopla dicha sistemática en el examen de la “repercusión general”.

⁶²⁹ Art. 548, CPC Brasil; 66, Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal [RISTF] (v. publicación oficial: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Regimento Interno ...*, ob cit., esp. p. 65).

⁶³⁰ V. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, ob. cit., vol. V, p. 644.

A tal efecto, el art. 543-B §5 del CPC brasileño (también añadido por la ley 11.418 en 2006) reenvía al Reglamento Interno del STF respecto de las “atribuciones de los Ministros, de las Salas y de otros órganos, en el análisis de la repercusión general”.

En ejercicio de dicha potestad, el RISTF impone un mecanismo general de “circulación digital” para encauzar el debate sobre dicha condición de admisibilidad. Prevé en efecto dicho precepto que “cuando no fuera el caso de inadmisibilidad del recurso por otra razón, el (la) Relator (a) someterá, por medio electrónico, a los demás Ministros, copia de su manifestación sobre la existencia, o no, de repercusión general” (art. 323). Las respuestas de los restantes Ministros a tal iniciativa deben ser presentadas por el mismo medio en el plazo común de 20 días, configurándose en la especie una variante de “silencio positivo”, es decir, que si en el término señalado no se obtuvieran suficientes opiniones como para rechazar el recurso⁶³¹, se entenderá que el mismo ha superado la exigencia de marras (art. 324, ord. cit.).

Ahora bien, sin perjuicio de dicho procedimiento genérico para la discusión de la relevancia del caso, el art. 327 confiere al Relator (y, liminarmente, al Presidente del STF actuando como tal⁶³²) la potestad de rechazar monocráticamente el recurso extraordinario, en dos hipótesis vinculadas con el recaudo en cuestión: i) que el impugnante no funde adecuadamente este capítulo de admisibilidad; o ii) que el STF hubiera desestimado anteriormente la existencia de repercusión general en la materia involucrada. En tales casos, por ende, la decisión puede ser adoptada individualmente por dichos magistrados, sin perjuicio de la reconsideración que –como vimos- puede promoverse ante el pleno.

Finalmente, existe una interesante variante procedimental incorporada para las *cuestiones “repetitivas”* llevadas (o susceptibles de ser llevadas) a los estrados del órgano cimero. Para tal contingencia, el art. 543-B del ordenamiento adjetivo brasileño prevé que el *a quo* debe seleccionar una o más causas “representativas” y conceder sólo los

⁶³¹ Es de recordar al respecto que, como hemos visto, para la desestimación del recurso por ausencia de repercusión general, se demanda constitucionalmente el concilio de una mayoría agravada de 2/3 de los integrantes del alto cuerpo.

⁶³² La reforma del año 2007 al Reglamento Interno del STF ha incrementado los poderes del Presidente del STF, al asignarle la potestad de actuar como Relator de cualquier recurso, antes de la distribución que correspondería hacer de los casos entre los restantes Ministros de conformidad con las reglas generales de asignación de las causas entre los relatores (sorteo). De este modo, la Presidencia concreta un primer estudio liminar del asunto llevado ante el STF, que de ser superado recién encamina la causa ante el Relator correspondiente para seguir el procedimiento explicado en el texto (v. sobre esta reforma, DANTAS, Bruno, *Repercussão geral*, ob. cit., pp. 279-282).

embates interpuestos en ellas, suspendiendo el trámite de los restantes hasta tanto el STF se pronuncie a su respecto. Incumplida dicha regla y verificada ante este último cuerpo la remisión o distribución de *múltiples recursos con fundamento en idéntica controversia*, el Presidente o el Relator concretarán la selección omitida y devolverán los restantes expedientes a los órganos de origen (arts. 543-B, CPC Brasil; 328-A, RISTF). En cualquier caso, si el máximo tribunal desestimara los recursos interpuestos en los “casos testigo” por ausencia de repercusión general, se entenderá automáticamente que los demás siguieron la misma suerte, por los que el inferior no debe siquiera elevarlos⁶³³.

4.4) Motivación, publicidad y estadísticas

a) Una práctica saludable impuesta por el Supremo Tribunal Federal en la dinámica de la *repercussão geral* es la amplia divulgación de los datos relativos a la aplicación del instituto, medida que, junto otras peculiaridades del régimen en cuestión (como la mayoría agravada de 2/3 para decidir la desestimación), se muestran útiles para reducir la desconfianza que esta clase de filtros frecuentemente produce en los operadores del sistema.

Como lo recuerdan WAMBIER y VASCONCELOS, el art. 329 del Reglamento Interno del STF dispone desde 2007⁶³⁴ que la Presidencia del STF “promoverá una amplia y específica divulgación del tenor de las decisiones sobre repercusión general, así como la creación y actualización de un banco electrónico de datos a su respecto”. Lo que, agregan los autores, ha sido rigurosamente observado por el máximo tribunal⁶³⁵.

En efecto, acudiendo al sitio web del STF (<http://www.stf.jus.br>), puede accederse rápidamente y gracias a una efectiva sistematización, a la publicación de los asuntos que, a juicio del alto cuerpo, satisficieron o no la exigencia de la repercusión general. En ambos casos, con la *transcripción del pronunciamiento expreso* sobre dicha condición de admisibilidad, que contiene una breve relación de los tópicos planteados en el caso y los *fundamentos* dados para justificar la recepción o desestimación del recurso.

⁶³³ Art. 543-B § 2º: “Negada la existencia de repercusión general, los recursos suspendidos serán considerados automáticamente como no admitidos”.

⁶³⁴ Emenda Regimental n° 21, de 2007.

⁶³⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues - VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de, “Sobre a repercussão geral e seus reflexos nos processos coletivos”, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 882, p. 25-44, abr. 2009.

Se trata entonces de una decisión motivada, con pública divulgación de la *ratio* adoptada.

b) Con independencia de dicha laudable iniciativa, también se encuentran publicadas en el mencionado sitio de internet las estadísticas relativas a la aplicación del instituto en cuestión.

De dicha base de datos oficial⁶³⁶ podemos extraer las siguientes cifras relativas al volumen general de actuación del STF en ejercicio de su competencia recursiva extraordinaria:

STF (Brasil)									
Causas ingresadas, distribuidas y resueltas									
	2008			2009			2010		
	Reg.	Dist.	Sent.	Reg.	Dist.	Sent.	Reg.	Dist.	Sent.
REX	26.727	21.531	45.136	12.757	8.348	28.958	13.404	6.735	24.572
AI	64.224	37.783	73.915	59.525	24.301	77.640	48.174	24.801	65.518
Total	90.951	59.314	119.051	72.282	32.649	106.598	61.578	31.536	90.090

	2011		
	Reg.	Dist.	Sent.
REX	33.945	15.049	40.111
AI	20.358	14.530	44.029
Total	54.303	29.579	84.140

Referencias de la tabla:

- “Reg.”: campo correspondiente a las sentencias registradas, denominación que aplicamos a las que en la base de datos oficial del STF son denominadas como “Protocoladas” hasta 2009 y “Autuadas” a partir de 2010.

- “Dist.”: causas distribuidas.

- “Sent.”: causas sentenciadas. Incluye tanto las decisiones monocráticas como las colegiadas (v. *supra*, ap. 4.3).

- “REX”: Recursos extraordinarios concedidos.

⁶³⁶ V. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Gabinete da Presidencia, *Repercussão Geral*, Março 2010, pp. 95 y ss.; v. asimismo el sitio web del STF <http://www.stf.jus.br> (*link*: “Estatística”). Las primeras dos tablas que siguen han sido elaboradas por el autor extrayendo la información pertinente de las fuentes recién aludidas. Las restantes coinciden con las publicadas en la fuente original.

- “AI”: *Agravos de instrumento* (art. 544 §1, CPC Br). Equivale a nuestra “queja por recurso declarado denegado” (declarado inadmisibile por el *a quo*).

La estadística es concluyente respecto de la sobrecarga de tareas que afronta el Supremo Tribunal Federal, que ha llegado a resolver anualmente entre más de 100.000 causas al año sólo en el ámbito su competencia recursiva extraordinaria⁶³⁷, si bien puede advertirse una disminución en el número de expedientes registrados y distribuidos anualmente, lo que produce una disminución del remanente disminuye con cada cierre.

La tabla previa, como fuera aclarado, está elaborada sólo con los datos correspondientes a la actuación de la Corte en su esfera de actuación apelada, que es la que aquí interesa. De todos modos, no es ocioso recordar que el STF cuenta –como fuera puntualizado *supra*- con una competencia originaria que históricamente resultaba poco significativa en relación al número total de expedientes del alto cuerpo. De todos modos, la incidencia porcentual de la jurisdicción extraordinaria en el volumen total de causas viene experimentando una sensible disminución en los últimos tiempos, como puede apreciarse del siguiente cuadro:

STF - Incidencia % REX y AI s/ distribución total de causas						
	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Total procesos distribuidos	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938
Total REX y AI distribuidos	84.937	106.997	65.478	74.174	110.716	106.617
Incidencia % REX y AI s/ Distribución total	97,3%	97,3%	94,7%	93,2%	95,3%	94,4%

	2008	2009	2010	2011	2012(*)
Total procesos distribuidos	66.873	42.729	41.014	38.109	3.041
Total REX y AI distribuidos	59.314	32.649	31.536	20.918	784

⁶³⁷ También merece atención la circunstancia de que, en lo que hace a las materias involucradas en la actuación del STF, la rama penal y procesal penal configuran alrededor del 10% de su actuación total (11% en 2009; 10 % en 2010; 11% en 2011), correspondiendo el 90% restante a causas relativas a las restantes materias de derecho sustancial y procesal (civil y procesal civil, administrativo, tributario, laboral, internacional, marítimo, etc.).

Incidencia % REX y AI s/ Distribución total	88,7%	76,4%	76,9%	54,9%	25,8%
--	-------	-------	-------	-------	-------

Referencias de la tabla:

- Abreviaturas: *íd.* tabla anterior
- (*) los datos del año 2012 corresponden a la información brindada hasta el 29 de febrero de ese año en el sitio de estadísticas del STF

En cuanto a las decisiones dictadas anualmente por el TSF, computando la totalidad de su competencia, pueden extraerse elementos de juicio relevantes para esta investigación.

Según la integración del tribunal (decisión monocrática o colegiada, v. *supra*, ap. 4.3), puede apreciarse una significativa primacía de la primera forma de pronunciamiento, lo que permite advertir la intensa influencia que, en la vida diaria del alto cuerpo, ha tenido dicha reforma organizativa:

Brasil (STF)					
Decisiones (distinción según la forma de la sentencia)					
Tipo de decisión	2.008	2.009	2.010	2.011	2.012 ⁶³⁸
Colegiada	19.697	16.078	11.334	13.095	4.560
Monocrática	109.125	86.780	98.350	89.307	25.659
No informada		10	1	13	211
Total	128.822	102.868	109.685	102.415	30.430

En cuanto a la utilización específica del parámetro de la repercusión general como criterio de admisión, se advierte de la estadística del STF una marcada tendencia a someter la totalidad de los asuntos respectivos a la citada inspección cualitativa.

Como fuera anticipado, rige en Brasil un diseño de “silencio positivo” en esta materia, por el que, de no obtenerse la mayoría agravada (2/3) para desestimar el recurso extraordinario, se entiende que la causa habrá superado el valladar de marras, quedando así en condiciones de ser resuelta sobre el fondo (v. *supra*, ap. 2.3). Es decir, que no necesariamente toda causa obtiene una decisión expresa sobre el parámetro de

⁶³⁸ Los datos de 2012 están actualizados al 25-V-2012.

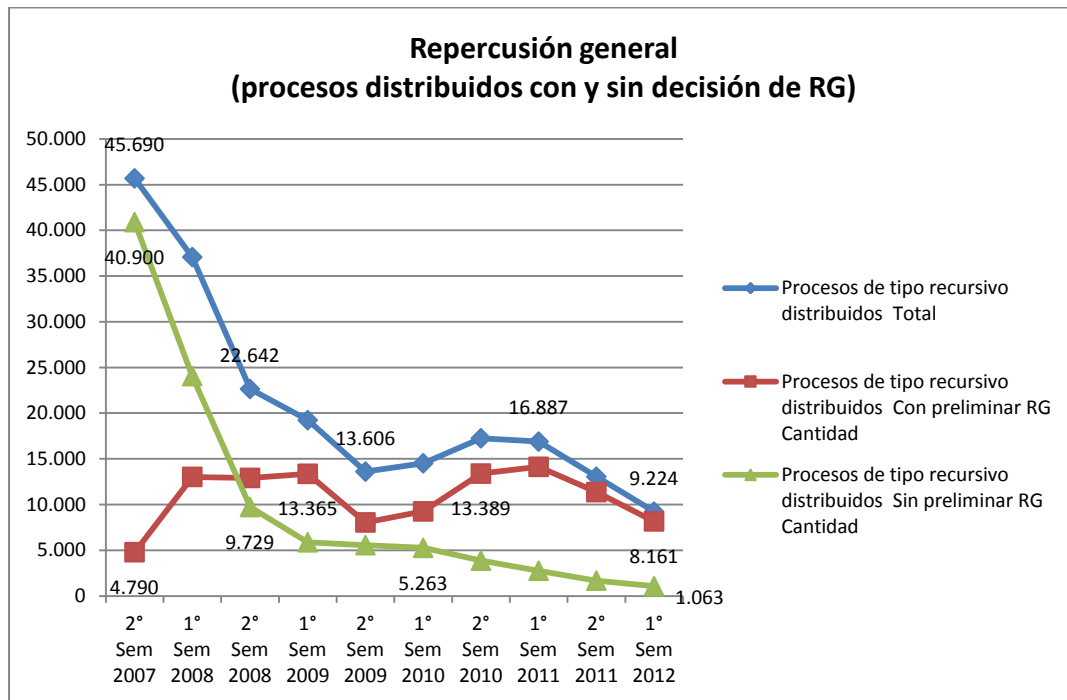
referencia, pudiendo quedar “tácitamente” admitida la impugnación frente al silencio del STF.

Los datos publicados por la Corte, de todos modos, muestran una disminución constante de dicha modalidad de aceptación “silenciosa”. En efecto, el porcentaje de causas resueltas sin decisión preliminar de repercusión general, ha disminuido notablemente en los últimos años, incrementándose en contrapartida la tasa de asuntos que son sometidos explícitamente a dicho contralor cualitativo:

Brasil (STF)					
Procesos de tipo recursivo distribuidos					
Período	Total	Con preliminar RG		Sin preliminar RG	
		Cantidad	%	Cantidad	%
2° Sem 2007	45.690	4.790	10,48	40.900	89,52
1° Sem 2008	37.080	13.027	35	24.053	64,87
2° Sem 2008	22.642	12.913	57	9.729	42,97
1° Sem 2009	19.234	13.365	69	5.869	30,51
2° Sem 2009	13.606	8.045	59	5.561	40,87
1° Sem 2010	14.515	9.252	64	5.263	36,26
2° Sem 2010	17.252	13.389	78	3.863	22,39
1° Sem 2011	16.887	14.127	84	2.760	16,34
2° Sem 2011	13.047	11.365	87	1.682	12,89
1° Sem 2012	9.224	8.161	88	1.063	11,52
Total	209.177	108.434	52	100.743	48,16

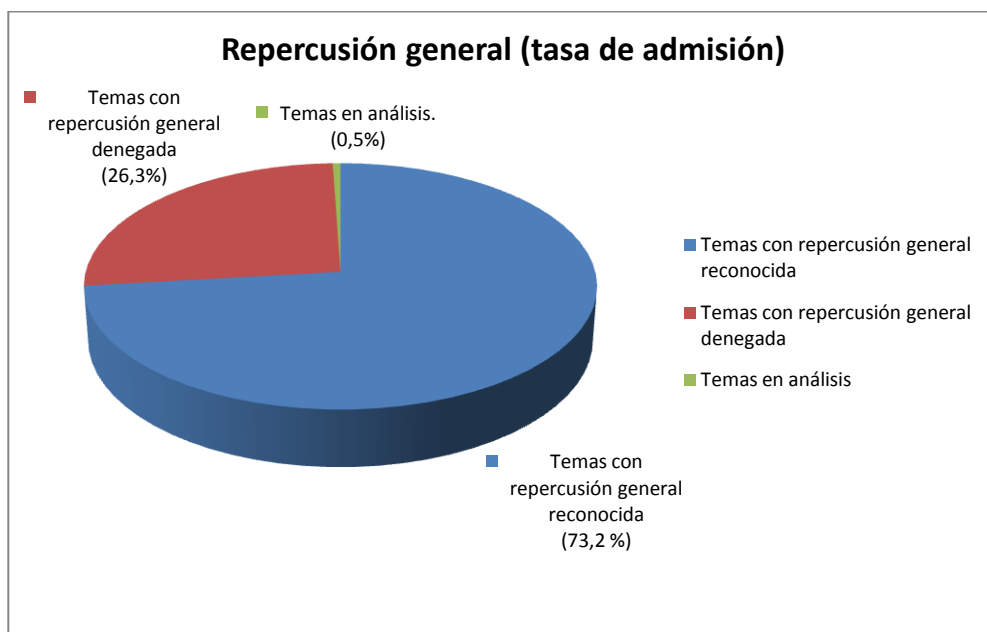
Fuente: STF (<http://www.stf.jus.br>. Link: “Jurisprudencia” – “Repercussão Geral”)

Lo que, en términos gráficos, queda expresado del siguiente modo:



La estadística precedente muestra a las claras la relevancia que viene ganando el filtro de admisión basado en la repercusión general de los asuntos llevados a conocimiento del STF. Mientras en el segundo semestre de 2007 sólo el 10% de las causas fueron sometidas a una resolución expresa sobre dicho recaudo de admisión, en el último año (2° semestre de 2011, 1° semestre de 2012), el 88% de los expedientes contaron con una resolución preliminar sobre el punto.

Finalmente, el resultado concreto del uso del filtro de referencia arroja los siguientes guarismos:



IX. COLOMBIA.

Colombia es otro de los países de América Latina que, desde la Constitución Política de 1991, ha escindido la jurisdicción constitucional de última instancia, a cargo de la Corte Constitucional, de las funciones principalmente casatorias (nomofilaxis y uniformación de la normativa infraconstitucional, civil, penal, etc.), asignadas a la Corte Suprema, máximo órgano de la “jurisdicción ordinaria”.

Una de las atribuciones más significativas de la Corte Constitucional Colombiana es la revisión en última instancia de las sentencias dictadas en acciones de tutela (art. 86 y 241, inc. 9], Const. P. Col.), vía procesal de control constitucional y de protección de los derechos fundamentales similar a la acción de amparo, de amplia utilización por el foro de ese país⁶³⁹.

La Constitución permite al legislador determinar las modalidades de la competencia apelada del citado cuerpo, habiéndose concretado dicha reglamentación por Decreto Legislativo Decreto Legislativo n° 2591 de 1991, que regula la acción de tutela en todas sus fases.

⁶³⁹ Destacan JARAMILLO SIERRA y BARRETO ROZO que las tutelas representan en Colombia más del 20% de los procesos que se inician en la rama judicial. Citando datos extraídos del sistema de información judicial (SIERJU), señalan que para los años 2007 y 2008, el total de procesos que ingresaron a la rama judicial en 2007 fue de 1.783.670, de los cuales 361.641 fueron tutelas. Para el primer semestre de 2008 la cifra fue de 813.864, de los cuales 194.694 fueron tutelas (JARAMILLO SIERRA - BARRETO ROZO, “El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas ...”, cit., p. 55).

En lo que concierne a la revisión de las sentencias emanadas de los tribunales inferiores en este tipo de procesos, el Dec. Leg. n° 2591 determina una modalidad de selección “discrecional”, al permitir que la Corte decida qué casos serán sometidos a su inspección, “sin motivación expresa y según su criterio”⁶⁴⁰.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que la revisión a la que no estamos refiriendo, no tiene lugar frente a la impugnación de las partes. El Dec. Leg. n° 2591 contempla un sistema recursivo específico, según el cual la sentencia definitiva de una acción de revisión puede ser apelada ante el órgano inmediatamente superior al que dictó el decisorio en crisis. Sólo cuando la sentencia queda firme (por no ser recurrida la decisión de primera instancia o frente al pronunciamiento final de la alzada), corresponde a la Corte Constitucional revisar por esta vía el acierto de la sentencia, a efectos de lo cual la causa le será remitida *de oficio* al día siguiente (art. 31, Dec. Leg. cit.⁶⁴¹). Por lo que potencialmente el máximo tribunal constitucional podría ser colocado en la necesidad de reexaminar la totalidad de las decisiones firmes, en las múltiples acciones de tutela tramitadas en ese país.

La aclaración es relevante ya que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los regímenes comparados analizados, en los que los mecanismos de selección tienen lugar respecto de recursos deducidos por las partes, en Colombia, la Sala de Selección de la Corte Constitucional debe tamizar el ingreso de causas que llegan a su sede sin que los litigantes hayan acudido ante sus estrados.

Es por ello evidente que este instrumento trae a discusión el tradicional problema de la razonabilidad de restringir el “derecho” a recurrir una sentencia ante los superiores tribunales mediante instrumentos discrecionales, dado que –repetimos– no se trata de filtrar recursos deducidos por las partes, sino de determinar cuáles de los fallos consentidos serán revisados por la Corte en ejercicio de la atribución que le asigna el

⁶⁴⁰ Respecto de los mecanismos de selección vigentes ante la Corte Constitucional de Colombia, v. LÓPEZ CUELLAR, Nelcy, *Estudio de la Selección y revisión de las tutelas en la Corte Constitucional*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005; OSSA SANTAMARIA, Julio A., “El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”, en *VVAA: Hacia un nuevo Derecho Constitucional* [Daniel BONILLA - Manuel ITURRALDE: Editores], Universidad de los Andes, Bogotá, pp. 385-421; JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina - BARRETO ROZO, Antonio, “El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias”, en *Colombia Internacional*, n° 72, julio a diciembre 2010, pp. 53-86.

⁶⁴¹ Artículo 31, Dec. Leg. n° 2591: “Impugnación del fallo. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión”.

art. 241 inc. 9) de la Constitución. Ello no es óbice, sin embargo, a que se planteen otros óbices supralegales al instituto, como ocurre con la contraposición entre el ejercicio del poder de selección y el principio de igualdad⁶⁴².

Entre las finalidades de dicha norma reglamentaria se encuentra la de ajustar la cantidad y calidad de asuntos que llegan a la Corte Constitucional por esta vía, para evitar que el cúmulo de causas que arriban a sus estrados impida el ejercicio adecuado de sus funciones de custodia “de la integridad y supremacía de la Ley Suprema” (arts. 241, Const. P. Col.). De este modo, a través de una decisión plenamente discrecional (elección “según su criterio”) y carente de motivación, se permite a la Corte regular el ingreso de causas y definir cuáles de las sentencias sometidas a su conocimiento serán efectivamente reexaminadas en cuanto al acierto jurídico de la interpretación y aplicación constitucional allí postulada.

El régimen de admisión contempla una variante de silencio afirmativo en esta materia: si dentro de los treinta días de recibida la causa la Corte no se pronuncia sobre el caso, deberá resolverlo en el fondo, teniendo un plazo de 3 meses para hacerlo (art. 33, *in fine*, Dec. Leg. n° 2591).

La desestimación por parte de la Sala de Selección es irrecurrible. Sin embargo, se reconoce a cualquier Magistrado de la Corte, al Defensor del Pueblo y al Procurador General, la potestad de formular un pedido especial (“insistencia”), para solicitar que se reexamine algún fallo de tutela que la Sala de Sección hubiera dejado fuera de sus estrados, “cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave” (arts. 33, Dec. Leg. N° 2591; 7, Decreto 262, del 22-II- 2000). De este modo, como lo señalan JARAMILLO SIERRA y BARRETO ROZO, la insistencia cumple tres cometidos principales: i) aumenta el número de individuos involucrados en el examen de los expedientes; ii) propicia un mayor interés de las partes en el resultado del proceso de revisión del fallo; y iii) permite que sean consideradas otras

⁶⁴² V. en tal sentido, OSSA SANTAMARIA, Julio A., “El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”, cit., *pássim* (v. sobre el análisis general del problema en nuestro medio, v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 4). V. asimismo, BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, “Choque de trenes. Análisis sobre la relación entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en Colombia”, en VVAA (Eduardo OTEIZA –coord.-: *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, ob. cit., pp. 55-67, esp. p. 60, advirtiendo que el carácter discrecional del mecanismo “ha generado muchas críticas, pues el criterio de selección de las sentencias de tutela contra fallos judiciales no siempre es el mismo, y en no pocas ocasiones la selección o no de un fallo para su revisión despierta suspicacias sobre supuesto favoritismo, por decir lo menos”.

interpretaciones institucionales de lo que resulta urgente o importante en materia de derechos fundamentales⁶⁴³.

Como fuera anticipado, a efectos de ejercitar las potestades de selección referidas, el Reglamento Interno de la Corte Constitucional (en adelante: R.Int.⁶⁴⁴), siguiendo lo normado por el citado art. 33 del Dec. Leg. N° 2591, contempla la existencia de una Sala de Selección de Tutelas, integrada por por dos de los jueces de la Corte, que son designados mensual y rotativamente por el pleno del tribunal (arts. 5, inc. b], y 49, R. Int.⁶⁴⁵).

En cuanto a las pautas a tener en cuenta en dicha tarea selección, cabe reitrar que la normativa no determina parámetro alguno que la Corte Constitucional deba seguir, dejando simplemente la elección “a su criterio”. Alguna precisión adicional puede obtenerse de las palabras del cimero tribunal, que se ha pronunciado respecto de la tésis del proceso de selección, en estos términos:

“Su sentido y razón consisten en asegurar que, por parte del tribunal que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, se *unifiquen los criterios con base en los cuales ella se interpreta y aplica en materia de derechos*, se *elabore la doctrina constitucional* y se tracen las pautas de la jurisprudencia, a propósito de *casos paradigmáticos*, sobre el alcance de los principios, postulados, preceptos y reglas de la Constitución, *corrigiendo* de paso, si hay lugar a ello, las *desviaciones y errores provenientes de equivocadas interpretaciones y decisiones Judiciales*”⁶⁴⁶ (énfasis propio).

De tales conceptos puede considerarse que el resorte en cestión debe ser utilizado con tres finalidades principales: i) la uniformación jurisprudencial; ii) el edificación de doctrina constitucional a partir de la resolución de casos paradigmáticos que permitan determinar el alcance de principios y reglas derivadas de la Constitución

⁶⁴³ Ob. cit., p. 57.

⁶⁴⁴ El texto del Reglamento Interno de la Corte Constitucional de Colombia puede ser consultado en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/Reglamento.php>.

⁶⁴⁵ Artículo 5º, R. Int: “Son funciones de la Sala Plena de la Corte Constitucional las siguientes: ... b) Integrar la Sala de Selección de las acciones de tutela que ha de revisar la Corte...”. Art. 49 R. Int. (texto según reforma Acuerdo n° 2, del 15-XI-2007): “Artículo 49. Sala de Selección de Tutelas. Cada mes la Sala Plena de la Corte Constitucional designará a dos de sus integrantes para conformar la Sala de Selección de Tutelas, en forma rotativa y por sorteo. Para agotar la lista, se partirá del magistrado que no haya sido sorteado...”.

⁶⁴⁶ Corte Const., Auto AU-034/96, cit. por JARAMILLO SIERRA - BARRETO ROZO, “El problema del procesamiento ...”, cit., p. 56.

Política; y iii) de haber lugar para ello, la corrección de errores cometidos en las sentencias revisadas.

Naturalmente, teniendo en cuenta las características del régimen analizado, sólo un número restringido de las sentencias de tutelas elevadas para la revisión de la Corte, superan este filtro inicial. Entre el 0,67% y el 2,2% de tales pronunciamientos son efectivamente reexaminados por el alto cuerpo, lo que significa un máximo anual de aproximadamente 1000 decisiones sobre revisión de acciones de tutela⁶⁴⁷.

X. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS ¿POSEE LA COMISIÓN I.D.H. DISPOSITIVOS ‘DISCRECIONALES’ DE SELECCIÓN DE CAUSAS?

Hemos de ocuparnos en este párrafo de un aspecto particular dentro de la abarcativa temática de los procesos transnacionales de protección de los derechos humanos, como es el relativo a la existencia y funcionamiento de los filtros cualitativos de admisión de las denuncias promovidas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Comisión IDH) y casos contenciosos articulados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por obvias razones de pertinencia, hemos de dar por conocidos los desarrollos generales relativos al procedimiento ante dichos órganos de protección supranacional⁶⁴⁸, dedicándonos exclusivamente a verificar si existe en la fase liminar de admisión de las denuncias (Comisión IDH) y demandas (Corte IDH) incoadas ante los mismos, algún mecanismo cualitativo (o, en su caso, discrecional) de selección, que permita administrar adecuadamente los limitados recursos humanos y materiales con los que se maneja el sistema⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ JARAMILLO SIERRA - BARRETO ROZO, “El problema del procesamiento ...”, cit., p. 57.

⁶⁴⁸ Sin perjuicio de la extensa literatura sobre el proceso transnacional de protección de los derechos humanos, valga la remisión a la exhaustiva investigación de HITTERS, Juan C. – FAPPIANO, Oscar O., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Bs. As., 2º ed., 2007-2012, p. passim.

⁶⁴⁹ Para un desarrollo de los problemas presupuestarios evidenciados en el funcionamiento de los citados órganos de tutela transnacional, v. VENTURA ROBLES, Manuel E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente (efectos de la aplicación del cuarto Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de junio de 2001 a junio de 2004, en relación con el artículo 44.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)”, en CANÇADO TRINDADE, Antônio A. - VENTURA ROBLES, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3º ed., San José de Costa Rica, Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados, 2005, pp. 361-421)

Es sabido que el sistema interamericano de protección de los derechos fundamentales, es primordialmente un instrumento subsidiario, ya que actúa recién cuando los mecanismos internos de los estados-parte de la Organización de Estados Americanos (y, en su caso, de la Convención Americana de Derechos Humanos)⁶⁵⁰ no remediaron la lesión producida, a través de los mecanismos pertinentes de resolución de los conflictos vigentes en cada ordenamiento.

Agotada dichas vías internas (o acreditadas las razones excepcionales por las que no ha sido posible tal agotamiento), cualquier persona, grupo de personas u ONG reconocida, está legitimada para acudir ante la Comisión IDH a través de una denuncia de vulneración de los derechos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica (en adelante: CADH o PSJCR) u otros instrumentos internacionales de protección (art. 23, Reglamento Comisión IDH). Concretado dicho acto inicial, la primera fase relevante del trámite ante la Comisión, es el estudio de admisibilidad de la denuncia, en el que se verifica el cumplimiento de diversos presupuestos contemplados en los arts. 46 y 47 de la CADH (legitimación, agotamiento de los recursos internos, plazo, ausencia de litispendencia -“duplicación de procedimientos”- o de cosa juzgada, etc.), tarea para la cual el reglamento vigente del cuerpo prevé la existencia de un grupo de trabajo compuesto por tres de sus miembros que se constituyen en una especie de sala consultiva que recomendará al pleno el camino a seguir (art. 35, Regl. Comisión IDH).

Ahora bien, por fuera del elenco formal de presupuestos aludido en el párrafo anterior, existen dos estándares que, al ser valorados *prima facie* por la Comisión, se exhiben como instrumentos cualitativos de selección liminar, similares a los que rigen en algunas jurisdicciones superiores, según hemos visto. Nos referimos a la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de la denuncia cuando: i) los hechos expuestos *no configuren una violación de los derechos garantizados por la Convención*; o ii) cuando la presentación sea

⁶⁵⁰ Recuérdese que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un organismo de la OEA preexistente al Pacto San José de Costa Rica. Por lo que aun los países que no han ratificado la CADH, pero son miembros de la OEA (por ej., los Estados Unidos), pueden ser denunciados ante la Comisión IDH, por violación de la Declaración Americana de Derechos Humanos. No ocurre lo mismo con la jurisdicción de la Corte IDH, que sólo rige para los países que ratificaron la Convención y, además, aceptaron la competencia de dicho tribunal (arts. 51.2 y 62, CADH; v. HITTERS, Juan C. – FAPPIANO, Oscar L., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, t. II, vol. 3, 2º ed., 2012, pp. 1425-1428 y 1836-1837; *id.*, “Algo más sobre proceso transnacional”, *ED* 162-1020, esp. p. 1025; FAPPIANO, Oscar L – LOAYZA T., Carolina, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1971-1995)*, Bs. As., Ábaco, 1999, pp. 35-36).

“*manifiestamente infundada*” o “*sea evidente su total improcedencia*” (arts. 47, incs. b) y c), CADH).

Como puede advertirse, la potestad con la que cuenta la Comisión de desestimar *in limine* una denuncia que no se refiera a derechos protegidos por la Convención o que resulte abiertamente improcedente o infundada, incorpora en el estudio de admisión una serie de estándares valorativos análogos a las que en otras latitudes se utilizan por los superiores tribunales para definir *ab initio* la suerte de los recursos deducidos ante sus estrados.

Se trata, de acuerdo con la clasificación oportunamente desarrollada, de un filtro “impropio”, distinto al ‘certiorari’ norteamericano o argentino (art. 280, CPCN), al “permiso para apelar” británico o a la “repercusión general” vigente en Brasil, dispositivos ellos basados principalmente en la noción de trascendencia o importancia pública de las cuestiones debatidas y no en una valoración prematura de sus posibilidades de éxito. Como fuera explicado, parámetros como la “manifiesta infundabilidad” o “improcedencia” quedan encuadrados en una categoría de filtros de admisión que pueden ser denominados “impropios” ya que, en puridad, no están pensados como mecanismos de selección discrecional, sino en instrumentos de resolución anticipada de casos. Es decir, que se trata de variantes utilizadas para la agilización del trámite de decisión de recursos (o, en este caso, de denuncias) cuya falta de mérito puede juzgarse a simple vista.

La Comisión IDH ha buscado distinguir el estándar aplicado para la decisión de admisibilidad y de mérito, cuando están en juego los parámetros establecidos en el art. 47, incs. b) (hechos que no caractericen una violación de la Convención) y c) (manifiesta infundabilidad o improcedencia de la denuncia), señalando que: “el criterio de evaluación de esos requisitos difiere del que se utiliza para pronunciarse sobre el fondo de una petición; la Comisión debe realizar una evaluación *prima facie* para determinar si la petición establece el fundamento de la violación, posible o potencial, de un derecho garantizado por la Convención, pero no para establecer la existencia de una violación de derechos”⁶⁵¹.

⁶⁵¹ Comisión IDH, Informe No. 165/11. Petición 492-08. Rafael Rodríguez Castañeda, México, 2 de noviembre de 2011, párr. 38.

Sin perjuicio de ello, la utilización de esta clase de dispositivos en la práctica, ha suscitado ciertos reparos doctrinarios, dada la “discrecionalidad” con la que, se afirma, opera la Comisión al evaluar, por ejemplo, si un caso efectivamente versa sobre derechos protegidos en la Convención o si, por el contrario, se pretende con la denuncia transformar al sistema interamericano en una “cuarta instancia” incompatible con su naturaleza y finalidad⁶⁵². Como hemos visto previamente, por su flexibilidad e indeterminación, el uso de las fórmulas como las contenidas en el art. 47, incs. b) y c) de la Convención, facilitan, en la praxis, su transformación en verdaderos tamices por los que se mide el “color” de una denuncia desde el inicio de las actuaciones.

De todos modos, no debe olvidarse que la Corte IDH ha puesto la lupa en la entidad de la adjetivación contenida fórmulas como la de la “*manifiesta* infundabilidad” o “*evidente* improcedencia”. Así, en el caso “Genie Lacayo”, el citado cuerpo abordó *obiter dictum* la temática del grado calificado de evidencia que debe exhibir un caso para merecer este tipo de desestimación *in limine*, explicando que los términos del artículo 47, inc. c) de la Convención descartan cualquier apariencia y exigen una “certeza clara, manifiesta y tan perceptible que nadie puede racionalmente dudar de ella”⁶⁵³.

Por lo que, en todo caso, una práctica que “relaje” dichos estándares en pos de razones de pura eficiencia, chocaría contra la letra de la Convención y contra la aludida doctrina de la Corte IDH. Por ende, si se procurara revisar el régimen de ingreso del sistema interamericano y avanzar hacia dispositivos de selección basados en parámetros como la trascendencia o relevancia de los casos sometidos a dicha jurisdicción, la solución requerirá de la modificación de los documentos básicos que vertebran este mecanismo de enjuiciamiento.

El *sistema europeo* parece avanzar moderadamente en dicha dirección, mostrando cierto “endurecimiento”⁶⁵⁴ en los presupuestos de admisibilidad que condicionan la

⁶⁵² V., en dicha orientación crítica, COX, Francisco J., “La admisibilidad de las denuncias individuales: puerta de entrada al sistema”, en VVAA [MÉNDEZ, Juan E. – COX, Francisco: eds.], *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, IIDH, Costa Rica, 1998, pp. 343-360, esp. pp. 356-357 (afirmando que “los razonamientos de la Comisión en este punto no son claros, inducen a confusión y tienen apariencia de arbitrarios. No se entiende por qué en algunos casos se indica que los hechos denunciados caracterizan una violación a los derechos y en otros no”). En la misma línea v. MONTERISI, Ricardo D. - ROSALES CUELLO, Ramiro, “La sentencia arbitraria como vulneración al debido proceso: su tutela doméstica y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en JA 2005-I-474.

⁶⁵³ Corte IDH, *Caso Genie Lacayo*, cit., párr. 36.

⁶⁵⁴ Así denomina esta tendencia FLAUSS, Jean F., “La sélection des recours et la Convention européenne des droits de l’homme”, cit. p. 46.

actuación del más destacado órgano de protección regional de los derechos fundamentales: la Corte Europea de Derechos Humanos.

Las demandas individuales articuladas ante la Corte EDH en los términos del art. 34 del CEDH, se rigen por similares recaudos de admisibilidad a los previstos en el ámbito interamericano (agotamiento de los recursos internos, ausencia de litispendencia o cosa juzgada, etc.).

También se incluyen en este régimen parámetros susceptibles de operar como “filtros” de admisión cualitativos, como son los previstos en el art. 34.3 del CEDH: “La Corte declarará inadmisibile cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, o resulta manifiestamente infundada o abusiva; o b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional”⁶⁵⁵.

Es dable apreciar de este elenco que, en el texto europeo vigente, se han profundizado las potestades de la Corte EDH para tamizar las demandas presentadas ante sus estrados, incluyéndose pautas como la “importancia” del daño padecido por el peticionante a efectos de juzgar la admisibilidad del reclamo. Como puede advertirse, la importancia del daño individualmente sufrido constituye un parámetro más asociado a la custodia del *ius litigatoris*, dado que no reclama la presencia de un caso que suscite “repercusión general”, “relevancia pública”, etc. Estos últimos estándares, frecuentes en los mecanismos de selección propiamente dichos (‘certiorari’, permiso para apelar, repercusión general, etc.), no están previstos en el régimen europeo como condición de admisión de las demandas, aunque inciden fuertemente en las distintas formas de actuación de la Gran Sala (*Grand Chamber*).

En primer lugar, ella puede ser convocada a resolver directamente una controversia: i) ante cuestiones “graves” relativas a la interpretación del Convenio o de

⁶⁵⁵ Es de recordar igualmente que la inadmisibilidad de la demanda, cuando no fueran necesarias indagaciones ulteriores, puede ser resuelta por la Corte a través de la decisión monocrática de uno de sus jueces (art. 27, CEDH).

sus Protocolos; o ii) cuando la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal (art. 30, CEDH). Pero además, para el caso de no haber intervenido en la causa *ab initio*, la Gran Sala actúa como instancia de revisión de las decisiones de las salas de la Corte que ordinariamente tramitan los casos articulados en esta sede. Para que sea admisible el recurso ante la Gran Sala, debe tratarse de un asunto que involucre una *cuestión seria relativa a la interpretación o aplicación de la Convención* o sus Protocolos, o un *tema de importancia general*.

Puede así advertirse como en el aludido proceso transnacional europeo se han profundizado las exigencias de admisión: i) incluyéndose recaudos vinculados con la “importancia” de la lesión sufrida para admitir una petición individual ante sus estrados; y ii) previéndose, como condición para permitir la revisión de un asunto por la Gran Sala, algunos mecanismos de selección *stricto sensu* (es decir, instrumentos de filtro basados en nociones de trascendencia o repercusión general, y no sólo dispositivos de agilización del trámite como la resolución anticipada de demandas manifiestamente carentes de fundamento).

CAPÍTULO CUARTO

“Antecedentes en el derecho nacional.

El recurso extraordinario federal y el ‘certiorari’ ante la Corte Suprema Justicia de la Nación”

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo está dedicado al análisis del ‘certiorari’ en el ordenamiento procesal nacional, el primero de los dos modelos centrales a los que dedicaremos nuestra atención en esta investigación.

Con la sanción de la ley 23.774⁶⁵⁶ se inauguró en el ámbito del recuso extraordinario federal una nueva etapa, enmarcada por la reforma a los arts. 280 y 285 del CPCN, que incorporaron en el techo del sistema impugnativo de nuestro país un instrumento para que la Corte Suprema pueda rechazar, “según su sana discreción”, recursos que porten cuestiones federales insuficientes, insustanciales o intrascendentes.

Los textos en cuestión quedaron redactados del siguiente modo:

Art. 280, CPCN: “*Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario.* Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. *La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia [...]*”

Art. 285, CPCN: “*Queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema.* Cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del art. 282.

La Corte podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente.

Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo [...] (énfasis agregado)

⁶⁵⁶ B.O.: 16-IV-1990. Como fuera anticipado (v. *supra*, cap. segundo, par. VII, ap. 2), la ley 23.774, además de consagrar el mecanismo de selección examinado en esta parcela de la investigación, concretó la polémica modificación en la integración de aquél cuerpo, ampliando sus miembros de 5 a 9.

Cobró así carta de ciudadanía en nuestro país lo que se ha dado en llamar el “certiorari argentino”⁶⁵⁷ o –con tono más irónico- el “certiorari criollo”⁶⁵⁸, dada la autoproclamada filiación de la modificación aludida, con el tradicional instituto vigente en los EEUU (v. *supra*, capítulo tercero, par. II).

El plan a seguir para el estudio de la experiencia federal, impone en primer lugar un somero encuadre del instituto dentro de su matriz, que es el recurso extraordinario previsto fundamentalmente en el art. 14 de la ley 48. A partir de allí, ahondaremos en los antecedentes del art. 280 del CPCN (con ley 23.774), para luego penetrar en su dogmática, analizando los motivos que le dan lugar (cuya conceptualización resulta siempre dificultosa en razón de la especial indeterminación que es su principal característica), entre otros problemas derivados de su regulación. Finalmente, dedicaremos la última parte de este párrafo al estudio de la dinámica del ‘certiorari’ nacional, intentando verificar el modo en que el máximo tribunal encara la selección discrecional de casos autorizada por el precepto de marras.

II. PANORAMA DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.

Para presentar al instituto estudiado en su contexto de actuación, cabe incorporar liminarmente una muy breve síntesis de la fisonomía del medio de impugnación en el que se enclava el art. 280 del CPCN: el recurso extraordinario federal⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ SAGÜES, Nestor, “El ‘writ of certiorari’ argentino (las reformas de la ley 23.774, respecto al recurso extraordinario”, en *LL 1990-C* (sección doctrina), p. 717; PALACIO, Lino E., “Experiencia del denominado ‘certiorari argentino’”, *LL 1995-E* (sección doctrina), p. 1056.

⁶⁵⁸ SABELLI, Héctor E., “El rechazo ‘sin motivación’ del recurso extraordinario cuando la cuestión federal es intrascendente, ¿es constitucional? (sobre el *certiorari* criollo)”, en *JA 2003-I*, p. 1343; VANOSSI, Jorge Reinaldo, “La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte de la Argentina (Balance de una década de ‘certiorari’ criollo)”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLV – Segunda Época – N° 38 – Diciembre 2000 (tb. en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, n.º IV). Se opone a la utilización de la expresión “certiorari argentino” o “criollo”: LUGONES, Narciso, *Recurso extraordinario*, ob. cit., p. 399-400.

⁶⁵⁹ Considéntase la remisión, dentro de la extensa bibliografía dedicada a esta vía de embate, a las reconocidas obras generales de: IMAZ, Esteban – REY, Ricardo, *El recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 3º ed., 2000; SAGÜES, Nestor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Bs. As., 4º ed., 2002; MORELLO, Augusto M., *El recurso extraordinario*, Platense, La Plata, 2º ed., 1999; PALACIO, Lino, *El recurso extraordinario federal*, Abeledo Perrot, 3º ed., 2001; LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, Depalma, 1º ed., 1992 (con 2º ed.: Lexis Nexis, Bs. As., 2002); GUASTAVINO, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Roca, Bs. As., 1992; CARRIÓ, Genaro - CARRIÓ, Alejandro: *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3º ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1983; TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, Bs. As., Ábaco, 2003; PALACIO DE CAEIRO, Silvia, *El recurso extraordinario federal*, La Ley, Bs. As., 2002.

La obvia limitación impuesta por la necesidad de no desviar el eje de la investigación, nos exige limitar al máximo esta parcela del discurso, exponiendo un esquema básico de las notas más significativas del remedio examinado, sin pretensión alguna de exhaustividad ni originalidad a su respecto. Se darán entonces por conocidos los variados matices que exhibe el funcionamiento de esta vía de impugnación, bastándonos en este momento con un anticipo mínimo de sus principales aspectos de admisibilidad y procedencia. Más adelante, cuando avancemos en la explicación del instituto regulado en el art. 280 del CPCN, habrá ocasión de profundizar sobre algunos rasgos más profundos del recurso extraordinario. Comencemos entonces por este brevísimo panorama.

El recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 constituye la vía fundamental de acceso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A través de la misma, el máximo tribunal del país desempeña sus más elevados cometidos institucionales: se transforma en el último intérprete y custodio final de la Constitución Nacional (con todo lo que ello significa –como veremos- en el concierto institucional del país), desempeña funciones de casación de derecho infraconstitucional federal e incluso despliega funciones “dikelógicas”, revisando excepcionalmente graves injusticias en la decisión de los tribunales inferiores, a través de la conocida doctrina de la arbitrariedad de sentencias (v. sobre los roles institucionales de la Corte, *infra*, par. IV, ap. 3.4).

Hemos previamente indagado en las fuentes normativas del recurso extraordinario, al examinar los límites de la competencia apelada de la CSJN (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 1.1). De dicho elenco, se destacan los artículos 14 y 15 de la ley 48, verdadera piedra angular del mismo y ejemplo infrecuente de constancia y sabiduría en una regulación procesal. De tales preceptos emanan los principales recaudos de admisibilidad y causales de procedencia del recurso extraordinario que, siguiendo la clásica sistematización de IMAZ y REY, pueden ser enunciados del siguiente modo:

1) Requisitos comunes.

Integran esta categoría los recaudos de admisibilidad derivados de la actuación de la Corte Suprema como tribunal de apelación (*lato sensu*). Se trata entonces

del elenco de recaudos que corresponde exigir en esta como en cualquier otra instancia apelada, a saber:

a) que la sentencia atacada emane de un *tribunal de justicia* (es decir, de órganos estables del Poder Judicial), aunque excepcionalmente se admita la impugnación, por esta vía, de decisiones de órganos ajenos a dicha estructura, siempre que se encuentren constitucionalmente facultados para expedirse en cuestiones de índole jurisdiccional, sin posibilidad de revisión judicial por vía de acción o recurso;

b) que la intervención de ese tribunal haya tenido lugar en un *juicio*, es decir de un caso (causa o controversia), susceptible de ser llevado ante los tribunales de justicia mediante alguno de los procedimientos establecidos a tales efectos;

c) que la *cuestión* debatida sea *justiciable*, esto es, que se trate de cuestiones que puedan ser resueltas por los jueces en el ejercicio de su específica función judicial, sin invasión de competencias propias de otros poderes;

d) que la resolución en crisis ocasione un *gravamen*, es decir, una diferencia perjudicial (cualitativa o coantitativa) entre lo pedido y lo otorgado, que sea susceptible de ser remediada a través de la impugnación deducida;

e) que los recaudos referidos *subsistan* al momento en que la Corte dicte sentencia definitiva (así, por ejemplo, que la causa no se haya tornado abstracta sobrevinientemente, privando al quejoso del interés necesario para recurrir).

2) Requisitos propios.

Por fuera de los recaudos generales enunciados, es necesario que se configuren otros presupuestos que son específicos del recurso extraordinario como tal. En tal sentido, para que el remedio analizado sea admisible, deben darse las siguientes condiciones adicionales.

Respecto de la *resolución atacable* por esta vía, la misma debe ser:

a) una *sentencia definitiva*, caracterizable en prieta síntesis como aquella que pone fin al pleito, impide su continuación o causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior⁶⁶⁰;

⁶⁶⁰ Sin perjuicio de los capítulos pertinentes de las obras generales ya citadas, cabe también remitir a la obra específica de BIANCHI sobre el recaudo en cuestión: BIANCHI, Alberto, *La sentencia definitiva ante el recurso extraordinario*, Ábaco, Bs. As., 1998.

b) emanada del *superior tribunal de la causa*, esto es: del órgano judicial al que le corresponde resolver en última instancia la cuestión federal debatida, de acuerdo con la organización procesal respectiva. En particular, cuando la causa proviene de las jurisdicciones estatales, luego de los conocidos precedentes de la Corte *in re* “Strada” y “Di Mascio”⁶⁶¹ (sobre los que volveremos más adelante en atención al fuerte impacto que produjeron en la casación local⁶⁶²), el superior tribunal de la causa será únicamente el órgano ubicado en la cúspide de la organización judicial local (vg., la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires). Por lo que, si las disposiciones procesales provinciales o las reglas de organización judicial respectivas no previeran un recurso idóneo para que el máximo tribunal de dicha jurisdicción conozca de la cuestión federal respectiva (vg., no contemple como causal del recurso extraordinario la violación de la Constitución Nacional o la errónea interpretación de leyes federales), o introduzca condiciones de admisibilidad a tales vías que impidan el tránsito de un caso por sus estrados (vg., establezcan recaudos generales como el valor del litigio o el monto de la pena para acceder ante el superior tribunal provincial), tales previsiones serán inconstitucionales, por impedir que el caso sea resuelto por el superior tribunal de la causa al que alude el art. 14 de la ley 48. Se trata de una interpretación obviamente restringida de la expresión contenida en ese precepto, que ha limitado seriamente la autonomía de las provincias para organizar sus vías recursivas y, especialmente, para regular las competencias y vías de acceso ante los órganos ubicados en el vértice de la justicia local. A cambio de ello, el camino a transitar por los recurrentes resulta más lineal, facilitándose la respuesta a un interrogante que, con anterioridad a los precedentes “Strada” y “Di Mascio”, era frecuente de escuchar y no siempre sencillo de responder: ¿hasta que tribunal hay que llevar un asunto antes de llegar a la Corte Suprema?⁶⁶³

Y en cuanto a la *materia* propia del recurso (sus *motivos o causales de procedencia*), se exige se debata:

c) una *cuestión federal*, recaudo cuyo perfil ha sido definido desde 1863 por los tres incisos del art. 14 de la ley 48, que permanecen inmutables al día de la fecha y que, en general, se refieren a cuestiones de interpretación, aplicación y custodia del “bloque

⁶⁶¹ CSN, “Fallos” 308:490, “Strada” (1986); 311:2478 “Di Mascio” (1988).

⁶⁶² V. *infra*, capítulo sexto, par. IV, ap. 4.7.i).

⁶⁶³ V. LUGONES, Narciso, *Recurso extraordinario*, ob. cit., p. 203, planteando en esos claros términos el sentido práctico del estudio del requisito del superior tribunal de la causa.

federal”⁶⁶⁴ y de las autoridades ejercidas en nombre de la Nación. Siguiendo la categorización tradicional de IMAZ y REY⁶⁶⁵, las cuestiones federales pueden ser clasificadas en *simples* (cuando se pone en juego la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes federales), *complejas directas* (frente a conflictos de supremacía entre una norma infraconstitucional –federal, común o local- y la Ley Suprema) o *complejas indirectas* (incompatibilidad entre dos o más normas de rango infraconstitucional, que, para ser resuelta, demande examinar las reglas la distribución de competencias legislativas prevista en la Constitución Nacional, teniendo en cuenta tanto la supremacía del bloque federal –art. 31, Const. Nac.-, como el principio de autonomía provincial o el principio de reserva local –arts. 5 y 121, Const. Nac.-).

d) que tenga *relación directa e inmediata* con la materia del juicio, es decir, que la solución del litigio dependa total o parcialmente del sentido con el que se resuelva la cuestión federal invocada. Es que como todo derecho, en definitiva, tiene su raíz en la Constitución, si no se exigiera este vínculo íntimo entre la resolución de la cuestión federal y la suerte del litigio, prácticamente cualquier asunto podría ser llevado a la Corte Suprema por esta vía, con lo que su jurisdicción extraordinaria sería ilimitada y quedaría absolutamente desbordada⁶⁶⁶.

e) Que haya sido resuelta en sentido contrario al derecho fundado en la normativa federal (“*resolución contraria*”). Se trata de un recaudo que –como vimos- ha perdido virtualidad en el modelo del que fue extraído (la *Judiciary Act* de 1789), y que se basa en una de las principales misiones del recurso extraordinario, que es la preservación de la supremacía del bloque federal (art. 31, Const. Nac.).

De conformidad con este requisito, en hipótesis de contraposición de la legislación federal (o de una autoridad ejercida en nombre de la nación) con otros

⁶⁶⁴ Puede sintéticamente recordarse que el bloque federal cuya supremacía consagran los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, está integrado por: la Constitución misma, los tratados internacionales y las leyes federales *stricto sensu* (es decir, las normas emanadas del Congreso de la Nación con exclusión de la legislación común: civil, comercial, penal, laboral, etc., cuya interpretación corresponde a los tribunales provinciales -conf. art. 75, inc. 12 y 116, Const. Nac.-).

⁶⁶⁵ IMAZ – REY, ob. cit. cap. II. §I, pp. 77-177.

⁶⁶⁶ Siguiendo las palabras de la CSN, reiteradamente exteriorizadas en su jurisprudencia: “No cabe admitir recursos basados en cláusulas constitucionales, pero referentes a cuestiones no regidas de modo directo por normas federales, pues de tal modo se haría ilimitado el acceso a los estrados de la Corte Suprema, toda vez que no hay derecho que no tenga su raíz y fundamento en la Constitución, aunque esté directa o indirectamente regido por el derecho común o local” (CSN, “Fallos” 238:488 [1950]; 268:247 [1967]; 320:1546 [1997]; 327:2291 [2004], etc.).

órdenes normativos (o con autoridades locales), la Corte sólo debe conocer de la contienda cuando la cuestión haya sido resuelta en perjuicio de los derechos o títulos apoyados en la normativa nacional. Es decir, que cuando los tribunales inferiores acuerdan primacía a la reglución federal (vg., declaran la inconstitucionalidad de una norma local por invadir potestades propias del gobierno nacional), el recurso extraordinario será inadmisibile⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ En la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema se ha perfilado una interpretación ceñida y literal del recaudo de “resolución contraria”, por el que queda exento de revisión ante los estrados de la Corte Suprema la definición adoptada por los superiores tribunales de provincia en las hipótesis en que se denuncia la incompatibilidad de preceptos infraconstitucionales de orden nacional y provincial, y el *a quo* se pronuncia por la invalidez de la normativa local, es decir, a favor de la vigencia de la legislación nacional. La Corte ha entendido que en tales casos no se da el requisito de la “resolución contraria” al derecho federal involucrado, ya que éste precisamente permaneció inhiesto ante la justicia provincial, cuya última instancia terminó declarando la invalidez del ordenamiento local (dando -por ende- primacía al nacional).

No resulta convincente dicha interpretación del máximo tribunal, ya que –a nuestro entender- cuando se pone en juego una cuestión constitucional de dichas características (ley federal vs. ley local), el litigante que busca valerse de la última, sustenta las atribuciones normativas de la autoridad provincial sobre la materia en discusión, en cláusulas de la Constitución Nacional como –por ejemplo- el principio de autonomía (art. 5) o el de reserva local (art. 121). Por lo que a su respecto, queda planteada una cuestión federal simple (inteligencia de una previsión de la Ley Suprema que asigna a los estados locales el poder de regular sobre un tema) resuelta en sentido contrario a las atribuciones legisferantes basadas en dicha interpretación (conf. art. 14, inc. 3, ley 48).

Reiteramos que la CSJN ha descartado esta forma de razonar, considerando en definitiva que siempre que esté en juego una cuestión federal compleja de este tipo, el caso queda encuadrado en el art. 14, inc. 2 de la ley 48, por lo que el requisito de la resolución contraria sólo se presenta cuando triunfa la posición que se beneficia de la validez de la norma local. Así lo ha señalado con toda claridad en reiteradas oportunidades (v. CSN, “Fallos” 189:308; 304:1176; 311:955 y sus citas; 313:714; 318:1357; 327:5733 y 5794; etc.). Sólo en hipótesis de “gravedad institucional” (“Fallos” 331:2223 –*a contrario sensu*-), o en casos en que el derecho local invalidado esté “íntimamente vinculado con la interpretación de cláusulas la Constitución Nacional” (v. CSN, causa C.1051.XL., “Chiara Díaz”, sent. del 20-III-2006), la Corte ha hecho excepción a este recaudo.

A lo ya expresado para justificar nuestra posición sobre el tema, cabe añadir -desde otra perspectiva- que en la actualidad, a consecuencia de los procesos políticos y económicos que desde hace décadas vive nuestro país, se encuentra atenuado aquel temor (propio de la etapa de organización institucional, 1853-1860) al desborde de las autoridades provinciales y al desconocimiento de la supremacía del bloque federal por parte de las provincias. Dicho celo, que se advierte patente en la redacción del art. 14 de la ley 48 (1863), ha llevado a considerar con acierto que una de las misiones más trascendentes del recurso extraordinario es la preservación del principio de supremacía previsto en el art. 31 de la Constitución Nacional (v. IMAZ, Esteban – REY, Ricardo, *El recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 3° ed., p. 24; SAGÚÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, ob. cit., 4° ed., 2002, pp. 304-306; LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, ob. cit., pp. 3-12; PALACIO, Lino E., *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., 3° ed., pp. 20-22). Sin embargo, aun cuando compartimos dicha afirmación, entendemos que es dable pergeñar una hermenéutica dinámica (v. CSN, “Fallos” 241:291, entre otros) del art. 14 de la ley 48, que lejos de desconocer su letra se afinque en ella y adapte el sentido de los inc. 2 y 3 de dicho precepto a una realidad político-económica absolutamente diversa en este punto a la que se vivía en la etapa fundacional. Al día de la fecha, con un federalismo herido por la preponderancia (cuando no: los desbordes) del poder central y la depreciación de los resortes normativos y financieros de las autoridades locales, ha perdido vigor (sin desaparecer, obviamente) el temor prístino a la ignorancia de la primacía del gobierno federal por parte de los caudillos de provincia y se muestra más claro en el lienzo político argentino la necesidad (igualmente tutelable por un tribunal constitucional y de garantías como es la Corte Suprema) de afirmar el equilibrio de fuerzas impuesto por el sistema federal diseñado por el Constituyente.

Como será explicado más adelante (v. *infra*, par. III, ap. 1) ya en 1939 el proyecto de Emilio HARDOY impulsaba la modificación de la competencia apelada de la Corte Suprema, autorizándola expresamente a entender en los casos en que la decisión sobre la cuestión llevada a sus estrados hubiera sido favorable a la ley

3) Requisitos formales.

Finalmente, para la admisibilidad del remedio en cuestión, son exigibles algunos aspectos formales o adjetivos, entre ellos:

a) La *introducción oportuna* de la cuestión federal en el pleito, recaudo que -en general- se cumple con el planteo adecuado de la misma, en la primera ocasión propicia a tales efectos, dando así a los tribunales ordinarios la posibilidad de pronunciarse a su respecto.

b) El *mantenimiento* de la cuestión federal introducida, en todas las instancias por las que transite la causa antes de arribar a la Corte.

c) La interposición del recurso ante el tribunal que dictó el fallo en crisis, dentro del *plazo* de 10 días computados desde la notificación de la sentencia atacada y siguiendo las *formas* estipuladas al efecto (redacción por escrito, respetando las reglas de estilo y extensión establecidas en la Acordada 4/07 e incorporando una *fundamentación autónoma y suficiente* para sustentar el embate).

Más adelante veremos el iter procedimental que sigue el recurso extraordinario desde que es interpuesto hasta que es resuelto (v. *infra*, par. V, ap. 1). Por ahora, nos basta con este conciso panorama de los recaudos del embate en cuestión, para estar en condiciones de afrontar el estudio del ‘certiorari’ en la órbita federal.

III. ANTECEDENTES DEL ‘CERTIORARI’ NACIONAL.

federal o hubiera importado la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial. Se procuraba así atender al reparo antes explicado, aunque se preveía que el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria del alto cuerpo en estos casos sería facultativa. Tanto el proyecto VANOSI (1982 –v. *supra* par. III, ap. 3) como la prédica de valiosa doctrina (v., BIDART CAMPOS, Germán, “La ‘resolución contraria’ en el recurso extraordinario”, *ED* 116-916; *id.*, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 1995, t. II, 659-661; STROHM, Erik, “El recurso extraordinario de hoy, *JA*, 1954-II [secc. doctrina], p. 4; SAGÜÉS, Nestor, *ob. cit.*, 4º ed., t. I, § 215, esp. pp. 479-480), se ubicaban en la similar sintonía, cuestionando la interpretación tradicional de este recaudo y propiciando, en algunos casos, la derogación del recaudo de la “resolución contraria” al derecho federal involucrado, en los términos en que fuera diseñado por el legislador de 1863 (en contra: sosteniendo la interpretación tradicional de la Corte y replicando los cuestionamientos de la doctrina en la que nos enrolamos, v. GARAY, Alberto, “Recurso extraordinario y resolución contraria”, en *LL* 1993-D-946).

Finalmente, entendemos que la revisión de la línea de interpretación tradicional de la Corte Suprema es la que permitirá hacer efectiva la aspiración propiciada en más de una oportunidad por el alto cuerpo, al destacar que una de sus misiones más importantes vinculadas con el ejercicio del control constitucional consiste en interpretar la Ley Suprema “de modo que el ejercicio de la autoridad nacional y provincial se desenvuelva armoniosamente, evitando interferencias o roces *susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa*” (CSN, “Fallos” 315:2157, “Artigue” [1992]; 321:2517, “El Libertador” [1994]; *id.*, “Fallos” 330:4797, “Córdoba” [2007], etc.; destacado propio).

Pese a que el recurso extraordinario federal, al igual que la totalidad de las disposiciones de la Constitución de 1853-1860 que se refieren al Poder Judicial de la Nación, tienen directa ascendencia en el derecho norteamericano⁶⁶⁸, pasaron muchos años desde que en los Estados Unidos fuera ampliado el carácter discrecional de la jurisdicción apelada de la Suprema Corte (*Judges' Bill* 1925), para que en nuestro país se llegara a implementar un instrumento que autorice al máximo tribunal a seleccionar los casos sobre los que emitirá pronunciamiento de fondo, en razón de su trascendencia⁶⁶⁹.

Entre las diversas reformas impulsadas al art. 14 de la ley 48 (cuya sabiduría ha resistido el paso del tiempo, manteniéndose su texto indemne luego de transcurrido casi un siglo y medio desde su sanción [1863]), nos haremos eco de aquéllas que se relacionan con el objeto de esta investigación.

1) Proyecto Hardoy (1939)

En tal sentido, resulta interesante recordar inicialmente el proyecto elaborado por el diputado Emilio J. HARDOY⁶⁷⁰, en el que se advierte una señal incipiente hacia la consagración de una jurisdicción apelada de carácter discrecional en el ámbito de la Corte Suprema de la Nación.

⁶⁶⁸ Ya desde sus primeras décadas la Corte Suprema de la Nación había reconocido dicha honda influencia, afirmando que “el sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares” (CSN, “Fallos” 19:231 [1877]).

⁶⁶⁹ Ciertamente es, en línea con lo sostenido por autorizada doctrina (v. BIANCHI, Alberto, “¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del recurso extraordinario)”, *ED* 125-923), que creaciones pretorianas como doctrina de la “arbitrariedad” o de la “gravedad institucional” (luego ampliada para albergar al “*per saltum*”) ya importaban avances en pos de la determinación de una jurisdicción apelada “discrecional”, al menos en su versión “positiva”. En otras palabras, tanto la arbitrariedad (que –como fuera adelantado– amplía con destacada vaguedad el concepto de cuestión federal atrapando agravios relativos a cuestiones de hecho y prueba, o a la interpretación del derecho común o local, etc., especialmente desde la faz del control de motivación de los fallos), como la “gravedad institucional” (que, entre otras finalidades, ha autorizado a la Corte a sortear diversos recaudos propios del recurso extraordinario, como la sentencia definitiva, la cuestión federal, la relación directa e inmediata, la resolución contraria, etc.) han facilitado al máximo tribunal una serie indefinida de “válvulas de escape” discrecionales para ejercer su más alta misión obviando las ataduras propias de la “ortodoxia” del remedio previsto en el art. 14 de la ley 48.

Lo que evidentemente vino a remediar la ley 23.774 es la ausencia de un dispositivo de cierre (no de apertura, como las doctrinas antes aludidas), basadas en la sana discreción del alto cuerpo para juzgar qué casos serán pasibles de resolución de mérito, de acuerdo a su trascendencia.

⁶⁷⁰ El texto del proyecto, así como sus fundamentos, se encuentran publicados en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, Año 1939, Tomo I, Período Ordinario (reunión n° 10, del 14 de junio de 1939), Imprenta del Congreso Nacional, pp. 520-524.

La propuesta avanzaba sobre diversos aspectos del recurso extraordinario federal, derogando los artículos 14, 15 y 16 de la ley 48, a los que reemplazaba por un nuevo cuerpo normativo compuesto por 21 artículos⁶⁷¹.

Dos temas principales convocaban la atención de la iniciativa: a) por un lado, se impulsaba una modificación radical del requisito de la “resolución contraria”, autorizando a la Corte a conocer en los casos llevados a sus estrados, no sólo cuando la decisión de las instancias de grado hubiera sido contraria a la validez de la normativa federal (como desde sus orígenes hasta la actualidad impone el art. 14 de la ley 48, especialmente en sus incisos 1º y 2º), sino en la hipótesis inversa, es decir, cuando el pronunciamiento hubiera declarado la invalidez de la norma provincial; b) por el otro, se incorporaba una serie de normas destinadas a regular el trámite del recurso extraordinario, remediando así un vacío normativo que no sería suplido sino hasta la sanción del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y sus posteriores reformas (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 1.1).

Nos quedaremos con el primero de los puntos aludidos, que es el que guarda interés para la presente investigación.

En este aspecto, el proyecto buscaba ampliar el cometido del recurso extraordinario federal, expandiendo su utilidad más allá de los límites diseñados en 1863 por la ley 48.

Lo hacía –como lo anticipáramos- reformulando el requisito de la “resolución contraria” al derecho federal invocado. En tal sentido, de haber sido aprobada la propuesta, el recaudo en cuestión no quedaría perfeccionado exclusivamente cuando, en casos de contraposición de normas nacionales y locales, la decisión fuera contraria a las primeras, sino también cuando se desconociera la validez del ordenamiento local bajo la pretensión de ser repugnante al bloque federal y dicha articulación fuera acogida (“triunfando” así la normativa nacional sobre la estadual).

Como veremos a continuación (v. *infra* ap. 3.4.b), la idea era acertada, ya la preservación de la supremacía constitucional, misión más eminente de la Corte Suprema, no sólo se pone en juego cuando las autoridades locales se arrojan potestades

⁶⁷¹ En los primeros 19 artículos se desarrollaba el contenido sustancial de la propuesta, ya que el artículo 20 del proyecto estaba destinado a la derogación de la normativa opuesta a sus disposiciones, mientras que el art. 21 era de forma.

delegadas en la Nación, sino también cuando la última avanza sobre las autonomías provinciales en violación del sistema de distribución de competencias propio de la estructura federal del Estado diseñado por nuestra Carta Magna.

No abundaremos sobre dicho problema en este lugar. Concentraremos la atención en la repercusión que la misma tuvo para sustentar la flexibilización del carácter “reglado” de la jurisdicción apelada de la Corte, que también se auspiciara en el proyecto analizado.

En efecto, al pregonarse una apertura del recurso extraordinario para la revisión de una gama de decisiones que, en la sistemática tradicional de la ley 48, quedaban fuera de la inspección del máximo tribunal, el proyectista consideró que como contrapartida debía reconocerse a dicho cuerpo la potestad de decidir cuáles de los casos comprendidos en el art. 2° (es decir, aquéllos en los que el derecho federal hubiera prevalecido o en los que se debatiera una cuestión federal “simple”) serían admitidos. Se coadyuvaba así a morigerar el desborde de trabajo que para ese entonces se avizoraba como una amenaza para el buen funcionamiento del alto cuerpo y que con la reforma se potenciaría.

De este modo, como fuera anticipado, se marcaba un hito hacia la consagración de una jurisdicción “discrecional” en la órbita de la Corte Suprema: mientras que en los supuestos del artículo 1° del proyecto (coincidentes en general con la tónica tradicional del art. 14 de la ley 48⁶⁷²) dicho Cuerpo “*debía*” conocer en el recurso deducido, en los nuevos supuestos de procedencia del embate (en los que –repetimos- la legislación nacional hubiera dominado para la solución del caso) el Tribunal “*podía*” entender en el asunto.

Transcribimos a continuación los citados artículos del proyecto:

“Artículo 1° - Podrá apelarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el recurso extraordinario y ésta *deberá* conocer en los casos en que:

1° Se haya cuestionado la validez de una ley o de un tratado del Congreso y la decisión haya sido contra su validez u omite pronunciarse al respecto;

⁶⁷² Los dos primeros incisos de este artículo coincidían sustancialmente con los que desde sus orígenes posee el art. 14 de la ley 48. La innovación en cuanto a las causales de dicha “jurisdicción obligatoria” se daba en el tercer inciso del art. 1° del proyecto, en el que se explicitaba la procedencia del recurso extraordinario en materia de *habeas corpus*, al preverse que dicha vía procedería cuando “se haya cuestionado la restricción o grave amenaza de la libertad de una persona bajo la pretensión que se viola la Constitución Nacional o una ley o un tratado del Congreso, y la decisión mantenga la restricción o grave amenaza de la libertad que se cuestionaba o la decisión no se dicte a pesar de reclamarse”.

2° Se haya cuestionado la validez de la Constitución o de una ley, decreto, reglamento o autoridad de una provincia bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución nacional o a una ley o un tratado del Congreso y la decisión haya sido en favor de la validez de la disposición de la Constitución o de la ley, decreto, reglamento o autoridad de una provincia que se cuestionaba u omita pronunciarse al respecto.

3° Se haya cuestionado la restricción o grave amenaza de la libertad de una persona bajo la pretensión de que se viola la Constitución nacional o una ley o un tratado del Congreso, y la decisión mantenga la restricción o grave amenaza de la libertad que se cuestionaba o la decisión no se dicte a pesar de reclamarse.

Artículo 2° - Podrá apelarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el recurso extraordinario y ésta *podrá* conocer en los casos en que:

1° Se haya cuestionado la validez de una ley o de un tratado del Congreso y la decisión haya sido en favor de su validez;

2° Se haya cuestionado la validez de la Constitución o de una ley, decreto, reglamento o autoridad de una provincia bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución nacional o a una ley o un tratado del Congreso y la decisión haya sido en contra de la validez de la disposición de la Constitución o de la ley, decreto o autoridad de provincia que se cuestionaba;

3° Se haya cuestionado la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución nacional o de una ley, o un tratado del Congreso o una comisión ejercida en nombre de la Nación, y la decisión recaída fuera en favor o en contra del título, privilegio, derecho o exención que se fundaba en dicha cláusula o hubiera omitido pronunciarse al respecto” (el resaltado es propio).

En los fundamentos del proyecto, HARDOY explicaba las razones de dicha transformación parcial de uno de los rasgos centrales de la competencia de la Corte:

“Otra innovación del proyecto de ley es la *competencia facultativa atribuida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Ampliada en la forma explicada en el capítulo precedente, surgía el peligro ya notado en la actualidad del *exceso de trabajo, que con el tiempo podría llegar a ser un grave problema*. La solución arbitrada me parece práctica y eficaz. De esta manera la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrá en todos los casos del artículo 2° del proyecto de ley en que sea evidente la falta de derecho del apelante, conforme a la jurisprudencia sentada sobre la materia, resolver directamente la improcedencia del recurso, ganando tiempo para sí y para las partes y disminuyendo las causas sobre que debe conocer” (el resaltado es propio).

Es de advertir que el tenor de la norma proyectada iba más allá del propósito reconocido en la exposición de motivos. En efecto, mientras que en ésta última el autor

parecía acotar la utilidad de la consagración de la competencia “facultativa” expresando que la misma permitiría resolver más rápidamente planteos desestimados en precedentes análogos (lo que luego ganaría el nombre de cuestión “insustancial”, v. *infra* par. IV, ap. 3.2), el texto de la iniciativa era más generoso sentando lisa y llanamente la regla de que la Corte “podría” entender en los casos contemplados en el artículo 2º (a diferencia –lo repetimos- de las hipótesis enunciadas en el inciso 1º, en los que el máximo tribunal “debería” conocerlos). Tal distinción hubiera terminado autorizando, en aquellas hipótesis, un amplio poder de selección en cabeza del alto cuerpo, pero la reforma nunca vio la luz.

2) Proyecto López Serrot (1959)

Un segundo antecedente de singular valía en torno al instituto que venimos analizando es el proyecto del diputado Oscar LÓPEZ SERROT, en el que proponía incorporar un párrafo final al art. 14 de la ley 48, por el que *se condicionaba la admisibilidad del recurso extraordinario federal a la trascendencia institucional del caso*.

Para dicha época, la Corte Suprema había desplegado la vigorosa doctrina de la sentencia arbitraria, que –como fuera adelantado- amplió notablemente el campo de acción del recurso extraordinario, al permitir la revisión por dicha vía de tópicos tradicionalmente ajenos a su ámbito, como son las cuestiones de hecho o las que involucran la interpretación de normas de derecho común, local o procesal (v. *infra*, par. IV, ap. 3.4.c). Ello, claro está, en la medida que el apartamiento inequívoco de la solución normativa aplicable al caso, el exceso ritual manifiesto, la intolerable prescindencia de las circunstancias probadas de la causa, los serios defectos de motivación del fallo, etc., se muestren patentes en el caso, de modo de no transformar a la Corte en una nueva instancia ordinaria o en un tribunal de casación de derecho común.

Ahora bien, así como era evidente que la doctrina de la sentencia arbitraria no había sido pensada para reemplazar la valoración de los tribunales de grado, sino para resguardar el debido proceso frente a hipótesis *excepcionales* de sentencias fundadas en el mero arbitrio o capricho del juzgador, también lo era que las fórmulas utilizadas por la Corte para descalificar dichas decisiones tenían una vaguedad tal que las transformaba en rápidos resortes de los cuales podía asirse el litigante para procurar abrir las

compuertas del recurso extraordinario. Dichas reflexiones, claro está, se mantienen vigentes al día de la fecha. Es que *toda injusticia tiene, a la luz de quien la padece, una causal de arbitrariedad idónea para remediarla.*

Es por ello que el ensanche de la impugnación federal, vino lógicamente acompañado -ya por esos días- de la preocupación por los desbordes que tal creación pretoriana (de rápida asimilación por los operadores del sistema) era capaz de ocasionar en un cuerpo de cinco jueces (siete en algunos momentos históricos y nueve en el período 1990-2006) colocado en el vértice del sistema judicial del país.

La Corte Suprema no había sido ajena a dicha inquietud. Un año antes se había pronunciado por Acordada del 25 de agosto de 1958⁶⁷³, a la que nos hemos referido *supra* (capítulo segundo, párrafo VII, ap. 2), juzgando indispensable el aumento de sus integrantes, basando tal pedido en razones funcionales derivadas del elevado monto de causas que, principalmente durante los últimos diez años, habían llegado de modo regular a conocimiento de la Corte⁶⁷⁴.

En tal contexto, el diputado LÓPEZ SERROT presentó ante la Cámara baja un proyecto de ley tendiente a incorporar un sistema de selección discrecional basado – según afirmaba su exposición de motivos- en el ‘*writ of certiorari*’ norteamericano. La innovación, en lo que aquí interesa, quedaba plasmada de la siguiente manera⁶⁷⁵:

“Art. 2º – Agrégase al art. 14 de la ley 48, el siguiente apartado final:

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

“Art. 3º – Los recursos directos deducidos en caso de denegación del recurso extraordinario se desecharán de plano si de su texto no resulta el alcance institucional de la decisión de los agravios en que la apelación de funda”

“Art. 4º – La presente ley se aplicará a los juicios no definitivamente fallados a la fecha de su vigencia”.

⁶⁷³ V. LL 92-319, con nota de PRÓCULO, “Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia” (cit.).

⁶⁷⁴ Los números exhibidos en la Acordada marcaban un ingreso en 1949 de 1.018 causas y en 1957 una suma casi igual al doble (1.997 causas), con cierta regularidad en el aumento durante los años intermedios.

⁶⁷⁵ El texto del proyecto se encuentra publicado en el *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación* del 23 de septiembre de 1959, pp. 3305/6. Lo recuerdan VANOSSI, Jorge R., “Constitución, Jurisprudencia y ‘writ of certiorari’”, JA 10-III-1964; ZIULU, Adolfo G., “El ‘writ of certiorari’ y el incremento de las facultades discrecionales de la Corte Suprema”, LL 1991-C-775.

Se trataba de una modificación significativa, ya que el párrafo en cuestión, agregado a continuación de los tres clásicos incisivos que definen los motivos de procedencia “rígidos” del recurso extraordinario (es decir, las diversas variantes de cuestión federal), incorporaba una condición genérica de admisibilidad de dicha vía impugnativa: el “alcance institucional” de los agravios llevados ante la Corte.

Se mutaba así de un esquema de competencia recursiva reglada y apuntada al *ius litigatoris*, a otro flexible, más próximo a un diseño discrecional, enfocado en el rol institucional del máximo tribunal. En los fundamentos de la propuesta se explicaban las razones de la mudanza:

“Se plantea actualmente en la Corte Suprema argentina el problema de la multiplicación de las causas, que superan la posibilidad de su regular decisión y que se traduce en el retardo en la administración de justicia y en la acumulación de un considerable número de expedientes, en permanente incremento”.

“Este problema puede encararse con dos tipos de medidas. Uno es el aumento de los jueces de la Corte y del personal jerárquico del tribunal. Este remedio puede ser eficaz, con dos condiciones: a) que la ley autorice la subdivisión de la Corte Suprema en Salas. De otro modo la multiplicación de los jueces puede, incluso, ser contraproducente porque requeriría mayor tiempo la obtención de opinión mayoritaria del tribunal completo⁶⁷⁶. Y b) que la afluencia de causas no siga aumentando. Porque como cierto tipo de juicios, particularmente los de inconstitucionalidad, requieren tribunal pleno, el alivio de la subdivisión del reibunal reducido a los juicios sencillos o trillados, puede fácilmente ser insuficiente. Por lo demás, el número de jueces de la Corte Suprema no debe ser aumentado demasiado, porque con ello se dificulta la unidad de criterio que una larga experiencia demuestra ser muy útil, sino indispensable [...]”.

“El otro tipo de medidas conducente para el más expedito desempeño de la Corte Suprema, es el de la racionalización de su competencia. Se trata del procedimiento adoptado en los Estados Unidos de América, cuando la Corte Suprema de dicha nación, bajo la presidencia del juez Taft, encaró una situación similar a la actual argentina [...]”

“[E]l análisis de las estadísticas de la labor de la Corte Suprema revela que el mayor volumen numérico del trabajo judicial del tribunal se cumple por la vía de la competencia apelada. Al extremo que no es exagerado afirmar que por vía de la jurisdicción apelada, ingresa al tribunal el 90 % de su trabajo judicial. Es cierto que esta cifra puede inducir a error, si no se complementa con la advertencia de la mayor laboriosidad y dificultad de los juicios originarios [...]”.

⁶⁷⁶ V. respecto de este punto lo que hemos expresado *supra* (cap. segundo, párrafo VII, ap. 2).

“De cualquier modo es cierto que un considerable tiempo del tribunal es absorbido en la solución de las causas que llegan al mismo en grado de apelación [...]”.

“Parece [...] razonable afirmar que el conocimiento e intervención de la Corte Suprema en instancia extraordinaria requiera la existencia real de un problema de orden institucional que lo requiera. Ocurre en efecto que en la actualidad el acceso a la Corte es posible en cualquier pleito, si se cumplen ciertos recaudos formales. Está, pues, prácticamente librado a la iniciativa particular [...]”

“Ahora bien, esta automaticidad del acceso a la Corte Suprema fue uno de los objetos de reforma en Estados Unidos de América. La apelación, similar al recurso extraordinario vigente entonces, fue sustituida por el *writ of certiorari* que, precisamente requiere la existencia de interés institucional bastante a comprobar por la Corte Suprema, para la procedencia del recurso ante ella. Aquí también es oportuno recordar que el prestigio de los tribunales de grado actuales en todo el país, permite afirmar que la doble instancia, o, en su caso, la colegiada única, es garantía suficiente para la tutela judicial de los intereses particulares comunes”.

Si bien el proyecto no tuvo tratamiento en el pleno de la Cámara, constituye un precedente relevante para demostrar que no es novedosa la preocupación por la sobrecarga del alto cuerpo y por la necesidad de enfocar su tarea en aquellas causas que le permitan un ejercicio serio, posible y vigoroso del rol preferente para el que fue pensado.

Es dable señalar, asimismo, que la redacción de la iniciativa dejaba menos dudas que la que al día de hoy presenta el art. 280 del CPCN.

En efecto, nótese que aquélla no se refería a la posibilidad de rechazo del embate según la “sana discreción” de la Corte cuando el caso fuera intrascendente, sino que colocaba a la relevancia del tema como un recaudo inexcusable para admitirlo. La diferencia no es meramente estilística (definir “por la negativa” o “por la afirmativa” la exigencia aludida), sino que impacta sobre los alcances de la discrecionalidad asignada en el dispositivo. Así, como veremos más adelante (v. *infra* par. IV, ap. 2), el actual art. 280 del ordenamiento adjetivo parece darle a la Corte la libertad suficiente para pronunciarse en un caso “intrascendente” (ya que “discrecionalmente” podrá rechazarlo ... o no), lo que el proyecto ahora analizado quedaba descartado de plano. Al condicionar la competencia extraordinaria del cimero cuerpo a la circunstancia de que los agravios posean relevancia institucional, no podría aquél admitir libremente un recurso ajeno a dicha nota. Su margen de maniobra quedaba acotado a “medir la temperatura” del recurso extraordinario (siguiendo la expresiva metáfora de

BIANCHI⁶⁷⁷) para analizar si en el caso se daba dicha aptitud indeterminada que califica a un caso como de repercusión institucional.

En otro orden de consideraciones, la iniciativa no hacía referencia a las cuestiones “insustanciales” o “insuficientes”, lo que constituía otro acierto técnico, ya que dichas variantes -actualmente reguladas en art. 280 del CPCN- además de llevar muchas veces a confusión, son innecesarias frente al recaudo de la “trascendencia” que confiere autónomamente a la Corte un instrumento idóneo para definir su agenda jurisdiccional.

Finalmente, no es ocioso destacar que poco tiempo después de la presentación del proyecto, el máximo tribunal se pronunció en el recordado *leading case* “Jorge Antonio”⁶⁷⁸, por el cual se expandió la doctrina de la *gravedad institucional* (anteriormente acotada a limitadas manifestaciones) en el campo del recurso extraordinario. Por este camino, como es sabido (v. *infra* par. IV, ap. 3.4.h) la Corte instauró pretorianamente un instrumento de *ampliación* discrecional de su jurisdicción apelada, que le permitía ingresar con notable flexibilidad en el tratamiento de asuntos desprovistos de alguno de los recaudos legales de admisibilidad (vg., sentencia definitiva, fundamentación autónoma del recurso, cuestión federal, relación directa e inmediata, resolución contraria al derecho federal invocado, etc.).

El criterio así seguido guardaba sintonía con el proyecto analizado, en cuanto a la “elastización” de la ortodoxia imperante en este ámbito, pero se orientaba en sentido inverso a la citada iniciativa, ya que lejos de restringir el número de casos potencialmente aptos para ser abordados por la Corte, los multiplicaba drásticamente.

3) Proyecto Vanossi (1982)

Siguiendo las aguas del proyecto LÓPEZ SERROT, Jorge R. VANOSI, publicó en 1982⁶⁷⁹ una propuesta de reformas del art. 14 de la ley 48, introduciendo como recaudo de admisibilidad del recurso extraordinario la “trascendencia institucional o general” de los agravios llevados ante el máximo tribunal.

⁶⁷⁷ BIANCHI, Alberto B., “El *writ of certiorari* en nuestra corte Suprema ...”, *ED* 125-857 (esp. p. 864).

⁶⁷⁸ CSN, “Fallos” 248:189 [1960].

⁶⁷⁹ Es de destacar que el autor de la propuesta, además de ser un reconocido constitucionalista, fue al poco tiempo -una vez recuperado el sistema democrático (1983)- Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la H. Cámara de Diputados de la Nación.

El texto de la iniciativa⁶⁸⁰, entre otras modificaciones⁶⁸¹, contemplaba la incorporación de un párrafo final al precepto aludido que rezaba:

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

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

Como puede advertirse, con diferencias de matices, el proyecto se asemejaba al examinado en el apartado anterior (LÓPEZ SERROT) en cuanto consagraba como recaudo de admisibilidad del embate (si bien acudiendo a una expresión técnicamente objetable: “la apelación sólo será *otorgada*”) a la existencia de un capítulo de relevancia institucional o repercusión general, que desborde el interés de las partes en litigio.

⁶⁸⁰ El proyecto de ley y sus fundamentos pueden consultarse en VANOSI, Jorge R., “La competencia por apelación extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *JA* 1982-II-627.

⁶⁸¹ Además de la incorporación del recaudo de la trascendencia institucional, que es la parcela que aquí interesa, el proyecto modificaba la redacción de las causales de procedencia del recurso extraordinario, es decir, de las “cuestiones federales” que habilitan su andamiaje tradicional.

Especialmente, incorporaba un inciso cuarto a los tres clásicos apartados del artículo 14 de la ley 48 (los que además reformulaba en su redacción), previéndose la viabilidad del remedio de marras “cuando en el pronunciamiento de la causa se haya afectado la protección constitucional a la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos”. Se buscaba así dar sustento explícito a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, despejando el interrogante respecto de si la misma constituía una creación exclusivamente pretoriana o se encontraba ya prevista en el inc. 3 de la ley aludida. Al considerarse que la arbitrariedad es una forma de afectación del debido proceso, el inciso 4 así diseñado permitía invocar directamente dicho sustento normativo para cuestionar una sentencia que portara tal vicio.

Por otra parte, removía de la competencia apelada de la Corte Suprema la función de casación federal que desde la sanción de la ley 48 se le asigna en general a través del inc. 3) (cuando esté en juego “la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del congreso”). Así, en la iniciativa examinada se mantenía como motivo del recurso extraordinario sólo la inteligencia de la Constitución (inc. 1) y queda fuera de su ámbito la determinación de la correcta interpretación de una ley federal. Se juzgaba en los fundamentos de la reforma que dicha terea hermenéutica está cubierta por la actuación de dos instancias de la justicia federal, sin que se justifique mantener una regulación que tenía razón de ser en la época de sanción de la ley 48 (1863) en que no existían las Cámaras de Apelación en dicho fuero (ley 4055 [1902]).

Asimismo, siguiendo el criterio sostenido hacía varias décadas por el proyecto HARDOY de 1939 (v. *supra*, ap. 1) dejaba sin efecto el requisito de la resolución contraria al derecho federal, lo que a nuestro juicio era un acierto.

En los fundamentos de la moción, se señalaba explícitamente en este punto que la reforma innovaba “en cuanto al carácter de la jurisdicción de la Corte Suprema, admitiéndose la jurisdicción ‘facultativa’, con base en el art. 101 de la Constitución Nacional (*writ of certiorari*), autorizándose la selección de los ‘casos’ por parte de la misma Corte cuando éste estime que media alcance general o interés suficiente en juego”.

Por otra parte, en la propuesta se aclaraba que no serían materia de revisión ante el máximo tribunal las “cuestiones insustanciales”, valiéndose a tal efecto de la definición acuñada con anterioridad por dicho cuerpo (v. *infra*, par. IV, ap. 3.2), es decir, aquellas que carezcan de base o que hayan sido resueltas por una pacífica jurisprudencia de aquél, sin que se postulen motivos serios para modificarla.

Otra innovación estaba dada por la consagración legislativa de la doctrina de la “gravedad institucional”, que –como fuera expresado (v. tb. *infra*, par. IV, ap. 3.4.h)- había sido desarrollada por el órgano cimero fundamentalmente para sortear valladares formales (vg., legitimación, sentencia definitiva, resolución contraria, cuestión federal, fundamentación suficiente, etc.) al acceso de recursos que porten agravios de dicha envergadura o repercusión. Desde la perspectiva del ‘certiorari’ implicaba el reconocimiento de su variante “positiva”, que –como veremos con detenimiento más adelante (v. *infra*, par. IV, ap 6)- no fue incluida expresamente en 1990 con la reforma de la ley 23.774 al art. 280 del CPCN.

La discrecionalidad que así se autorizaría explícitamente por el legislador era remarcada por el autor en la exposición de motivos del proyecto: “Su admisión es materia exclusiva de la propia Corte Suprema, cuya decisión es soberana”.

4) La Comisión de Reformas de la Ley 48 y el Proyecto de Secretarios de la CSJN (1984).

a) Un hito de singular valía dentro de los antecedentes del ‘certiorari’ en nuestro país, fue sin dudas el trabajo de la Comisión de Reformas de la Ley 48 creada por Resolución 772/84 del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación (que entonces

estaba a cargo del doctor Carlos ALCONADA ARAMBURÚ), de fecha 9 de abril de 1984⁶⁸².

Luego de seis meses de trabajo, el 10 de octubre de ese año, la Comisión emitió su dictamen⁶⁸³ que, entre otras innovaciones (vg., previsión expresa de las doctrinas pretorianas de la arbitrariedad y gravedad institucional; límite a la posibilidad de invocar cuestiones federales simples –casación de derecho federal- procurando el predominio de la función uniformadora de la Corte; restricción del recurso ordinario de apelación ante el máximo tribunal, etc.), proponía la incorporación de un mecanismo de selección cualitativo de causas en cabeza de la Corte Suprema, que por su autoproclamada filiación con el régimen norteamericano, fue también denominado ‘writ of certiorari’⁶⁸⁴.

El fruto de la obra de esta comisión fue muy relevante en el camino de la consolidación del tema analizado, dentro de la agenda pública, tanto académica como parlamentaria. Como luego veremos, el texto y la sistematización de la norma proyectada fueron fuentes fundamentales tanto del proyecto del Poder Ejecutivo de 1987 (v. *infra*, ap. 5]), como de la ley 23.774, que finalmente incorporara el instituto en nuestro derecho positivo (v. *infra*, ap. 6]).

Dicha incidencia queda evidenciada no sólo por las obvias similitudes de la propuesta analizada en este apartado y los ulteriores proyectos de ley, sino además por

⁶⁸² La Comisión estaba integrada inicialmente por los Dres. Luis BOFFI BOGGERO (quien falleció durante la labor), Germán BIDART CAMPOS, Juan Francisco LINARES, Ricardo COLOMBRES, Augusto Mario MORELLO, Guillermo Roberto MONCAYO y Héctor MASNATTA.

Es de destacar la reconocida trayectoria de los integrantes del aludido grupo de trabajo, que repercutió no sólo en la calidad de la propuesta final, sino en la proyección de la tarea en el ámbito académico y legislativo, como luego veremos. De los miembros de la Comisión, tres habían sido Ministros de la Corte Suprema (Dres. BOFFI BOGGERO, COLOMBRES y MASNATTA), uno se había desempeñado como Secretario del cimero Tribunal (Dr. MONCAYO) y los tres restantes eran juristas prestigiosos y de probada versación en la materia (Dres. BIDART CAMPOS, LINARES y MORELLO).

El texto de la citada resolución 772/84 disponía: “Artículo 1.- Créase una Comisión encargada de proyectar la reforma de la ley 48 y normas complementarias en cuanto definen la jurisdicción y competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Artículo 2. Designase para integrar esa comisión, ad honorem, a los Doctores Germán Bidart Campos, Luis María Boffi Boggero, Ricardo Colombres, Juan Francisco Linares, Héctor Masnatta, Guillermo Roberto Moncayo y Augusto Mario Morello”.

⁶⁸³ El dictamen de la comisión creada por la resolución 772/84 del Ministerio de Educación y Justicia puede encontrarse en: CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, 58ª reunión, 9ª sesión extraordinaria, 4 y 5 de abril de 1990, pp. 7673-7678 (apéndice de la sesión de 1990 en la que –como veremos- se aprobara la reforma de los arts. 280 y 285 del CPCN, por ley 23.774)

⁶⁸⁴ V. en la bibliografía de ese entonces: MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Platense, 1989, pp. 443-459 (comentando el proyecto de la Comisión de 1984 y comparándolo con el régimen norteamericano bajo el título “El ‘certiorari’. Teoría General”); BIDART CAMPOS, Germán J., “El certiorari y la avocación en la competencia de la Corte Suprema. Innovaciones en un proyecto de reforma”, ED 115-805; BIANCHI, Alberto, “El ‘writ of certiorari’ en nuestra Corte Suprema (La ‘cuestión federal suficiente’ como concepto jurídico indeterminado”, en ED 125-857 (1988).

la expresa referencia de los partícipes del trámite parlamentario de 1987 y de 1989-1990, que reiteradamente aludieron al trabajo de esta comisión de notables, como eje de la modificación postulada.

Este último aspecto (referencia explícita al trabajo de la comisión en las exposiciones de motivos y debates parlamentarios posteriores) será analizado cuando veamos los proyectos sobrevinientes. La similitud de los textos, en cambio, requiere analizar el tenor de la propuesta elaborada por la comisión creada por el Ministerio de Educación y Justicia en 1984. La transcribimos a continuación:

“Artículo 280: *Llamamiento de autos y vista oral. Rechazo del recurso extraordinario.* Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos, sin perjuicio de la vista que podrá acordarse al procurador general de la Nación para que dictamine.

La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar *in limine* el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales.

Si se tratare del recurso ordinario del artículo 254, recibido el expediente será puesto en Secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula. El apelante deberá presentar memorial dentro del término de diez días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso.

Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se dictará la providencia de autos.

En ambos recursos, la Corte Suprema podrá convocar a una vista oral cuando lo estime necesario.

En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos”.

“Artículo 285: *Queja por denegación de recurso ante la Corte Suprema.* Cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación deberá efectuarse en el plazo que establece el 2º párrafo del artículo 282, acompañándose las copias mencionadas en el artículo 283, y de la contestación del recurso, si la hubiere.

El escrito de queja se fundará en la forma exigida para la presentación del recurso extraordinario y deberá contener, asimismo, una crítica suficiente y razonada de la decisión denegatoria.

La Corte podrá solicitar informes ampliatorios o la remisión del expediente o podrá rechazar la queja *in limine* en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo.

Si se hiciera lugar a la queja será de aplicación el artículo 16 de la ley 48”.

Como puede advertirse de la transcripción, tanto la ubicación sistemática de la iniciativa (reforma del art. 280 del CPCN y no de la ley 48, que regula fundamentalmente las causales que permiten abrir la competencia apelada extraordinaria de la Corte Suprema), como su texto, coinciden sustancialmente con el dispositivo actualmente vigente (art. 280, ord. cit. –con ley 23.774-).

Dos diferencias, de todos modos, pueden ser destacadas.

La primera, de menor entidad, tiene que ver con la oportunidad en la que la Corte puede desestimar los recursos deducidos ante sus estrados en las hipótesis allí previstas. La Comisión de 1984 contempló dicha potestad como una atribución ejercitable liminarmente, aclaración no contenida en la norma vigente (art. 280, CPCN). Es por ello que, en la actualidad, no existe propiamente una fase de análisis de admisibilidad que contemple necesariamente el examen de la presencia de alguna de las hipótesis que dan lugar a la aplicación del ‘certiorari’. Por lo que, para proceder de ese modo, la Corte no necesita pronunciarse *in limine* sino que puede hacerlo en cualquier estado del trámite.

La segunda diferencia es más relevante, porque se refiere a las causales mismas del ‘certiorari’, es decir, a las condiciones que la Corte está en posición de analizar para filtrar cualitativamente las causas que llegan a su conocimiento. En el texto propuesto por la Comisión, la desestimación liminar sólo era posible cuando el agravio federal fuera “insuficiente” o las cuestiones resultaran “insustanciales”. Un simple cotejo permite advertir la ausencia de una de las hipótesis previstas al día de hoy en el art. 280 del CPCN: la “intrascendencia” de los planteos introducidos en el recurso.

La divergencia debe ser destacada, dado que –como luego veremos con más detenimiento- corresponde distinguir los conceptos de cuestión “insustancial” y de cuestión “intrascendente”. Si bien la doctrina en más de una oportunidad ha utilizado como sinónimos dichos conceptos, la formulación más estable y precisa de aquello que corresponde entender como cuestión insustancial, abarca fundamentalmente las hipótesis en las que el tema presentado en el recurso extraordinario ha sido resuelto por una jurisprudencia constante del máximo tribunal, sin que se aporten en la queja elementos novedosos que sugieran un reexamen del asunto. En este sentido, el margen de “discrecionalidad” que le brinda a la Corte la noción tradicional de “cuestión insustancial” es mucho más acotado que el que le permite desplegar el estudio de la

trascendencia de un asunto. Como será oportunamente analizado, los parámetros a tener en cuenta para determinar la relevancia de las cuestiones planteadas ante el cuerpo cimero son más flexibles, dado que se apoyan en nociones de confines especialmente indeterminados, como la pertinencia institucional de los temas a dirimir o su repercusión general.

Cabe finalmente destacar el papel protagónico que la comisión reservó a la reforma analizada. En efecto, al exteriorizar los motivos de las propuestas articuladas, el citado grupo de notables calificó a la incorporación del ‘certiorari’ como la modificación más relevante dentro del elenco general presentado:

“[...] 2º) La innovación de mayor trascendencia consiste, sin dudas, en la incorporación al derecho positivo argentino del *writ of certiorari* del derecho norteamericano. Su finalidad principal es otorgar a la Corte amplias facultades para rechazar recursos insustanciales o carentes de agravio federal suficiente.

Este aumento de la facultad discrecional de la Corte –postulado ya en diversos proyectos– se apoya, asimismo, en la atribución constitucional del Congreso para establecer “reglas y excepciones” de la jurisdicción apelada.

Entendemos que los textos formulados reflejan con claridad el propósito de ordenar el ejercicio razonable de tan excepcional facultad, pero el éxito del nuevo sistema dependerá del alto criterio jurídico y de la justa valoración de la Corte”.

b) En el mismo año (1984) tuvo lugar el llamado “Proyecto de los Secretarios de la Corte Suprema”, en el que también se incorporaban previsiones destinadas a intensificar las potestades de selección de la Corte Suprema⁶⁸⁵.

El avance de la jurisdicción discrecional era parcial, ya que la propuesta mantenía como competencia obligatoria a la mayoría de las atribuciones que le corresponden como tribunal constitucional de última instancia (tanto la inteligencia de la Constitución como la resolución de las llamadas cuestiones constitucionales “complejas” resueltas de modo contrario a las pretensiones basadas en la normativa federal permanecían dentro de esta categoría). Por su parte, quedaba librada a su “sana discreción” la admisión de recursos en los que se pretendiera: i) la aplicación de la doctrina de la “arbitrariedad”; ii) la revisión de las sentencias en las que se hubiera

⁶⁸⁵ Da cuenta del proyecto MORELLO, Augusto M., “Recurso extraordinario. Reformas”, en *JA* 1985-I-761, esp. pp. 767-768, nota 11.

declarado la inconstitucionalidad de normas locales (es decir, las cuestiones constitucionales complejas en las que no se diera el recaudo de la resolución contraria, en el sentido que el mismo ha sido interpretado por la Corte Suprema); y iii) la inteligencia de leyes federales, tratados internacionales y el desconocimiento de autoridades ejercidas en nombre de la Nación (categoría en la que quedaba englobada fundamentalmente la casación federal infraconstitucional⁶⁸⁶).

En estos casos, se confería a la Corte potestades suficientes para escoger los casos a decidir, pudiendo declarar inadmisibles el recurso si, según su sana discreción, “el caso no revista suficiente importancia por carecer de novedad o trascendencia la cuestión debatida o de magnitud bastante el gravamen causado”.

Como puede apreciarse, el último de los estándares tomados en cuenta para la selección desbordaba el estudio de trascendencia y se enfocaba en la “magnitud del gravamen”, noción en la que podían quedar incluidos asuntos carentes de repercusión general, pero que generaran un perjuicio grave al recurrente (criterio con el que podría medirse, por ejemplo, la admisibilidad de embates basados en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, vicio que, por lo general, interesa primordialmente a las partes y no da oportunidad de sentar criterios jurisprudenciales significativos para la comunidad).

5) Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación (1987)

a) El 23 de octubre de 1987, el Poder Ejecutivo de la Nación, con la firma del entonces Presidente de la Nación, Raúl ALFONSÍN y del Ministro de Educación y Justicia Jorge F. SÁBATO, elevó a la H. Cámara de Diputados un proyecto de ley⁶⁸⁷ que —entre otras cuestiones vinculadas con la composición y funcionamiento de la Corte

⁶⁸⁶ Recuérdese que para ese momento no existían tratados internacionales llevados al rango de norma constitucional, como ocurriera con la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), por lo que la interpretación de las cláusulas dichos instrumentos no constituía de por sí un tópico constitucional, sino una cuestión federal infraconstitucional.

⁶⁸⁷ H. CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, Expte. 0049-PE-87. Su texto completo, tratamiento en comisiones y posteriores observaciones formuladas por diversos legisladores, puede consultarse en *Sesiones extraordinarias. 1987. Orden del día n° 1282*, pp. 5605-5616 (v. en especial, el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo con el texto del proyecto y sus fundamentos, pp. 5611-5615). También puede consultarse el texto del proyecto, con un análisis meduloso del mismo en MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, ob. cit., 489-535.

Suprema⁶⁸⁸- procuraba la incorporación de la figura que analizamos al derecho positivo de nuestro país.

La propuesta se apoyaba fundamentalmente en los trabajos de la Comisión de Reformas de 1984 a la que hicieramos referencia *supra* y constituyó un antecedente dominante de la modificación concretada posteriormente en 1990 (ley 23.774).

b) Su texto (en lo que concierne a la incorporación del instituto examinado) rezaba:

“Art. 2° - En todos los casos en que la Corte Suprema de Justicia pudiere conocer por apelación, siempre que no se ventile en los autos una cuestión que versare sobre la inteligencia de la cláusula constitucional, el Alto Tribunal podrá decidir no conocer en la causa cuando, según su sana discreción, el caso carezca de suficiente importancia, de novedad o trascendencia la cuestión debatida, de magnitud suficiente el gravamen causado o cuando, por cualquier otra razón, resultare insustancial”.

“Art. 3° - En el marco de su competencia material, cuando el caso revistiese gravedad institucional, la Corte Suprema podrá conocer en la causa con prescindencia del cumplimiento de los requisitos legales propios de los recursos. En tal supuesto, su decisión de entender en los autos deberá ser fundada, con explícita mención de las circunstancias que configurasen la situación de gravedad institucional y evidenciaren que su solución no admite demora alguna”.

Como puede advertirse, la propuesta potenciaba el carácter “discrecional” de la jurisdicción apelada de la Corte en dos sentidos: i) a través del ‘certiorari’ negativo posibilitaba la desestimación de embates que, según la sana discreción del Tribunal, carecieran de la importancia suficiente para abrir las puertas de la última instancia

⁶⁸⁸ Además de incorporar una versión de ‘certiorari’ similar a la que años después se sancionara por ley 23.774 (1990), la iniciativa ahora examinada postulaba un aumento en el número de miembros del alto cuerpo (de 5 a 7) y una modificación en el mecanismo de designación de su Presidente, que pasaba a ser elegido entre sus miembros por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, por un período de cuatro años (art. 1°), tal como imperara en la praxis constitucional de nuestro país hasta el año 1930, oportunidad en la que por primera vez el Poder Ejecutivo de facto, mediante un oficio, dejó en manos de la propia Corte la potestad de designar su Presidente, atribución que se mantiene hasta al día de la fecha (el art. 21 del dec. ley 1285/58, con la modificación establecida por ley 15.271 –B.O.: 9-II-1960-, pasó a prever expresamente esta potestad, mantenida por la ley 23.774 y dejada sin efecto en el texto vigente, reformado por ley 26.183 –B.O.: 17-XII-2006-).

La tradición original aludida estuvo así vigente en nuestro país desde 1863 (designación del primer Presidente de la CSN, doctor Francisco DE LAS CARRERAS, por el entonces Presidente de la Nación, Bartolomé MITRE) hasta 1930 (decreto del Presidente Hipólito YRIGOYEN nombrando presidente del alto cuerpo al doctor José FIGUEROA ALCORTA, designación que sólo llegó a hacerse efectiva luego de que la Corte asumiera como propia dicha función, luego de recibir el aludido oficio del Presidente de facto José F. URIBURU y considerar que la costumbre hasta entonces vigente “no tenía asidero constitucional o legal alguno”). V. sobre estos antecedentes LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, t. IX, pp. 788-789; MORELLO, A. M., *La Corte Suprema en acción*, ob. cit., p. 493-495).

jurisdiccional del país; y ii) mediante el reconocimiento legal de la doctrina de la “gravidad institucional” se permitía explícita y generosamente hacer excepción a cualquiera de los recaudos propios del recurso extraordinario (salvo el de la “cuestión federal”), para habilitar al cimero cuerpo a conocer asuntos de honda repercusión pública cuya revisión, de otra manera, quedaría frustrada por óbices rituales.

En cuanto al primero de los referidos aspectos, el art. 2º transcripto preveía la posibilidad de rechazo discrecional de recursos que –en la sistemática que posteriormente abordaremos al explicar los motivos de procedencia del ‘certiorari’ (v. *infra*, parágrafo IV)- contuvieran tópicos: a) intrascendentes; o b) insustanciales.

Para definir las hipótesis en las que entraría en juego la primera de tales alternativas (a)], el proyecto utilizaba diversos adjetivos, de similares alcances. Con ellos se calificaban los motivos que darían lugar al ejercicio de dicha flexible potestad de desestimación. Se refería así a “casos” carentes de “suficiente importancia”, a “cuestiones” privadas de “novedad” o “trascendencia” o, finalmente, a “gravámenes” sin “gravidad suficiente”. En todos los casos, en definitiva, se trataba de temas (casos, cuestiones, agravios) que no revestían una significación (importancia, trascendencia, novedad) tal que –al elástico juicio de la Corte- autorizaran a considerarlo idóneo para incitar su calificada función revisora.

La simplificación del texto y su fusión en las tres causales que en la actualidad autorizan el ejercicio del ‘certiorari’ negativo por la Corte Suprema (conf. art. 280, C.P.C.N.), permiten advertir la profunda incidencia que esta iniciativa tuvo en la sanción de la ley 23.774.

Por otra parte, con un sentido inverso a la télesis de descongestión que caracterizó a la recién explicada propuesta de incorporación del instituto objeto de este trabajo, el proyecto de 1987 contempló una nueva válvula de apertura (aunque excepcional) para el ingreso de recursos ante la Corte, por más que los mismos no cumplan acabadamente con sus recaudos propios.

La innovación no hacía más que reeceptar la ya tradicional *doctrina de la “gravidad institucional”* por la que el cimero cuerpo había flexibilizado el cumplimiento de dichas exigencias frente a asuntos que afectan a la comunidad en sus valores más profundos (v. *infra*, par. IV, ap. 3.4.h).

Sin embargo, por la generalidad con la que el texto fue concebido⁶⁸⁹ y teniendo además presentes los antecedentes de la propuesta, quedaba claro que la reforma no sólo daba sustento legislativo expreso a la doctrina de la “gravedad institucional”, sino que *autorizaba una extensión de la misma a campos en las que hasta el momento no había sido aplicada*. Así, por ejemplo, al alcanzar dicha herramienta de excepción al recaudo del “superior tribunal de la causa”, se validaba la utilización del llamado “*per saltum*”, instituto que hasta el momento no había sido reconocido en la doctrina de la Corte (lo fue después, sin norma habilitante, en la conocida causa “Dromi”⁶⁹⁰).

c) La propuesta fue apoyada por importantes doctrinarios, por considerar que constituía un resorte eficaz para evitar la permanente sobrecarga de trabajo de la Corte.

Así, MORELLO, quien había participado de la Comisión de Reformas que, en 1984, sugiriera la regulación de este dispositivo (v. *supra* ap. 4]), se pronunció de modo favorable a la iniciativa, aunque advirtiendo de la necesidad de equilibrar la transformación de la jurisdicción apelada de la Corte en “discrecional”, con mecanismos que permitan controlar los desvíos que hasta entonces quedaban cubiertos por la doctrina de arbitrariedad de sentencias (típicamente, la creación de un tribunal intermedio encargado de dicha variante casatoria⁶⁹¹).

⁶⁸⁹ El art. 3° de la iniciativa permitía hacer excepción a cualquiera de los requisitos “propios” del recurso extraordinario, salvo el de la cuestión federal. Éste último reparo podía sostenerse, dado que el citado precepto sólo permitía la utilización del resorte de la gravedad institucional dentro del “marco de competencia material” del alto cuerpo, lo que implicaba que las tres causales del art. 14 de la ley 48, que definen dicho encuadre competencial, no podían obviarse invocando ese instrumento de excepción.

⁶⁹⁰ CSN, “Fallos” 313:863 [1990].

⁶⁹¹ MORELLO, Augusto M., “Ley 48. Reformas. Avances” ED 119-869; *La Corte Suprema en acción*, ob. cit., pp. 483, 496-497. A sabiendas de que con la puesta en práctica del ‘*certiorari*’, el núcleo del poder discrecional de desestimación iba a recaer sobre los recursos basados en la doctrina de arbitrariedad, fue una constante preocupación del jurista platense la de encontrar instrumentos idóneos para suplantar dicha forma de control de razonabilidad de las sentencias inferiores (v. MORELLO, A. M., “La doctrina de la arbitrariedad de sentencia ante la barrera del *certiorari* negativo”, ED 171-1077). La de creación de un tribunal intermedio (inicialmente de casación nacional, luego, de contralor de motivación por medio del recurso por “arbitrariedad”) fue una propuesta incorporada permanentemente en la obra del citado publicista aún después de sancionada la reforma de la ley 23.774, a efectos de trasladar a dicho nuevo organismo la función garantizadora que la Corte desempeña mediante la tradicional doctrina de la arbitrariedad (v. MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario. El ‘certiorari’*, ob. cit., p. 209; *id.*, “Tribunal intermedio. Sentencia arbitraria. Reafirmación de las provincias en el control casacional”, en DJ 2003-2-354). Lo acompañó en dicha tesitura ROSALES CUELLO (v. MORELLO, Augusto M. – ROSALES CUELLO, Ramiro, “La Corte Suprema, El tribunal intermedio y los justiciables”, en LL 1998-II-894; ROSALES CUELLO, Ramiro, “Un Tribunal necesario (Factible creación de un tribunal para el control de las sentencias viciadas de arbitrariedad”, en LL 1993-C-999; *id.*, “Debido proceso, arbitrariedad y tribunal intermedio (Factible creación de un tribunal para el control de las sentencias viciadas de arbitrariedad)”, en LL 2003-IV-1149). Recientemente también SBDAR la ha considerado una propuesta “atractiva” para descongestionar a la Corte por un lado y mantener la inspección constitucional de pronunciamientos arbitrarios, SBDAR, Claudia B., “Presente y futuro del recurso extraordinario federal. El rol de la Corte Suprema de la Nación”, en *Revista*

También apoyó la propuesta OYHANARTE, publicista de vasta experiencia como juez de la Corte, quien entendía que la potestad discrecional de negarse a conocer en una causa frente a cuestiones “insustanciales” o “insignificantes”, venía sólo a “legalizar” una tradicional línea jurisprudencial del alto cuerpo “llena de sabiduría y prudencia”⁶⁹². Se entendía, en efecto, que la reforma consagraba *de lege lata* una práctica reiterada en este ámbito, por la que, mediante breves fórmulas, se desestimaban recursos que portaban agravios de características similares a las contempladas en el proyecto.

Pese a que los citados autores buscaban en cierta medida “desdramatizar” el impacto que tendría la incorporación de esta herramienta en el ámbito de la jurisdicción apelada de la Corte, entendemos que la reforma proyectada iba más allá de la mera consagración legal de una praxis inveterada del máximo tribunal.

Cierto es que mucho tiempo antes la Corte había definido aquello que cabía denominar agravio “insustancial”, explicando las razones por las que dicho tipo de planteos no suscitaban una cuestión federal idónea para abrir su competencia extraordinaria (art. 14, ley 48)⁶⁹³. También lo es que, mediante escuetas frases estereotipadas, se descartaba la procedencia de embates carentes de recaudos propios

Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n° 10, julio-diciembre 2008, pp. 217-248 (esp. pp. 242-245). V. asimismo, GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, “Necesidad de una Cámara Nacional de Casación Civil”, en *LL* del 11-IX-2012.

En el ámbito legislativo la idea también se ha exteriorizado reiteradamente, habiendo sido promovida -con variantes- por legisladores y juristas como FASSI, VANOSI, DE LA RÚA y BELLUSCIO, manteniéndose hasta tiempo reciente, como puede verse en los proyectos de ley presentados por el senador GÓMEZ DIEZ en los años 2005 y 2007 (Expte. S.2197/05, reproducido en Expte. 235/07, ambos pueden ser consultados en el sitio web del Senado: <http://www.senado.gov.ar>) y por el diputado Jorge YOMA en 2012 (Expte. 2770-D-2012, iniciado el 7-V-2012, publicado en H. CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, *Trámite parlamentario*, n° 42 y en el sitio web de la cámara baja: <http://www.diputados.gov.ar>).

⁶⁹² OYHANARTE, Julio, “Reformas en la Corte Suprema”, en *Diario La Nación*, del 5-IX-1987, Sección 1°, p. 11 (cit. por MORELLO, *La Corte Suprema en acción*, ob. cit. p. 501). En el mismo sentido, considerando que la modalidad de trabajo de la Corte vigente en esa época implicaba, en muchas oportunidades, el uso de fórmulas similares a las que se implementarían frente a la incorporación del ‘certiorari’, v. BIDART CAMPOS, Germán J., “El certiorari y la avocación en la competencia de la Corte Suprema (Innovaciones en un proyecto de reformas)”, *ED* 115-805; BIANCHI, Alberto B., “El ‘writ of certiorari’ en nuestra Corte Suprema (la cuestión federal suficiente como concepto jurídico indeterminado)” *ED* 125-857; LYNCH, Horacio M – STANGA, Silvana, *Reformas en la Corte Suprema*, Buenos Aires, FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia), 1987, p. 103. MORELLO había buscado sistematizar las diversas fórmulas breves y estandarizadas en la jurisprudencia de la CS, aplicadas a la desestimación de recursos, para demostrar que la reforma en realidad no importaría un cambio radical de tornas en este campo (v. MORELLO, Augusto M., “Ley 48. Reformas. Avances” *ED* 119-869; *id.*, *El recurso extraordinario*, ob. cit., 2° ed., pp. 136-140 [considerando que, en esa época previa a la reforma de 1990, “nuestra Corte se manejaba, sin mencionarlo, con los cartabones del ‘certiorari’ estadounidense”]).

⁶⁹³ V. *infra*, parágrafo IV, ap. 3.2), en el que se desarrollan los antecedentes de la noción “cuestión insustancial” a partir del caso “Corporación de Transportes de la Ciudad de Bs. Aires c/ Cía. de Omnibus ‘Ciudad de Bs. Aires’”, “Fallos” 194:220 [1942].

(sentencia definitiva, relación directa e inmediata, resolución contraria al derecho federal involucrado, cuestión federal o arbitrariedad, etc.).

Sin embargo, a nuestro juicio, ninguno de dichos precedentes permitía considerar incorporada entre las atribuciones autoproclamadas por la Corte, la potestad “discrecional” de seleccionar los casos respecto de los cuales emitiría pronunciamiento de mérito, de acuerdo con su trascendencia. Ésa era la verdadera innovación del proyecto y no tanto la posibilidad de emitir pronunciamientos de escasa (o casi inexistente) fundamentación, que efectivamente respondía a una conocida tradición en la jurisprudencia del cuerpo.

Por lo que entendemos que la modificación postulada excedía la simple “legitimación” de una jurisprudencia inveterada: su consagración hubiera importado conceder a la Corte la función de *decidir qué casos decidir*, sin ataduras rígidas como las utilizadas tradicionalmente en el estudio de admisibilidad de los recursos extraordinarios.

d) El proyecto obtuvo dictamen favorable, por mayoría, de las Comisiones de Justicia y Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados⁶⁹⁴, pero finalmente no fue sancionado.

En lo que interesa a esta investigación, los opositores a la incorporación del ‘certiorari’ en la Cámara baja basaron sus objeciones en el conocido temor a la arbitrariedad que genera este tipo de medidas. Así, por ejemplo, el informe en disidencia de las citadas comisiones expresaba:

“La trascendencia como la importancia del caso no puede estar referida al caso en sí sino en referencia al que reclama justicia o al que se defiende.

Las distintas situaciones económicas, sociales y políticas de los litigantes pueden hacer cambiar un mismo caso de baladí a importante. Son esas distintas situaciones de las personas las que tornan el caso de poca o mucha importancia; o de poca o mucha trascendencia pero permitir que el juzgador pueda no aplicar la ley o lo que es peor, no administrar justicia porque a su entender el caso no merece

⁶⁹⁴ V. H. CÁMARA DE DIPUTADOS, *Sesiones extraordinarias 1987. Orden del Día n° 1282*, cit., lugar en el que puede consultarse el dictamen de la mayoría de dichas comisiones (pp. 5605-5606), el informe del Diputado VANOSI (p. 5606-5607) la disidencia total del diputado Antonio JUEZ PÉREZ (pp. 5607-5610), el dictamen en minoría de los diputados GARAY y NATALE (pp. 5010-5011, apoyando la figura del ‘certiorari’ aunque no la propuesta de reforma del sistema de designación del Presidente de la Corte ni de incorporación de la doctrina de la gravedad institucional) y las observaciones de los diputados ZAFFORE (5616²⁻³) y Giacosa (pp. 5616⁹⁻¹²).

su atención, no se concibe, máxime cuando el tribunal así autorizado a obrar es el más alto tribunal del país a quien nadie puede modificar su criterio.

No puede fundarse esta facultad que el proyecto acuerda a la Corte de rechazar los recursos *in limine* ‘cuando su sana discreción indique que la cuestión no reviste suficiente entidad’.

Nuestra administración de justicia es reglada y no discrecional, ni mucho menos arbitraria, cosa a la que podría arribarse con la disposición comentada...”⁶⁹⁵.

6) Trámite y sanción de la ley 23.774 (1990). Debate parlamentario.

La sucesiva frustración de los intentos de incorporar mecanismos de selección más o menos discrecionales para regular la calidad de asuntos que merecerían un pronunciamiento de mérito por parte de la Corte Suprema, tendría su fin con la sanción de la controvertida ley 23.774, que –como fuera adelantado- además de incorporar el ‘certiorari’ en nuestro régimen adjetivo (art. 280, CPCN), amplió el número de jueces del máximo tribunal apelando a un falso argumento de eficiencia que ocultaba la intención del gobierno asumido el año anterior, de contar con una corte afín a su ideología política⁶⁹⁶.

6.1) El proyecto del Poder Ejecutivo.

El trámite que culminara con la polémica reforma, tuvo inicio el 15 de septiembre de 1989 mediante el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo (suscripto por el Presidente de la Nación, Carlos Saúl MENEM y el entonces Ministro de Educación y Justicia, Antonio SALONIA) ante el Senado de la Nación, que diera lugar a la formación del expediente n° 102-PE-89.

El mensaje de elevación respectivo hacía referencia expresa al trabajo de la recordada comisión de 1984 y al proyecto de 1987, considerando que la propuesta beneficiaría la inmediación, mejoraría el funcionamiento de la Corte y fortalecería el control constitucional a su cargo⁶⁹⁷:

“Al Honorable Congreso de la Nación:

⁶⁹⁵ Disidencia del diputado Antonio JUEZ PÉREZ, cit. en nota al pie anterior (esp. p. 5609).

⁶⁹⁶ Nos hemos referido con más detenimiento a los antecedentes de esta parte de la reforma con anterioridad, lugar al que remitimos (v. *supra*, capítulo segundo, par. VII.2).

⁶⁹⁷ El mensaje de elevación del Poder Ejecutivo al Senado de la Nación con el texto del proyecto de ley respectivo, pueden ser consultados en la publicación oficial de los órdenes del día de dicha cámara: CONGRESO NACIONAL. CÁMARA DE SENADORES (Dirección de Publicaciones), *Órdenes del Día. Sesiones ordinarias de 1989*, “Orden del día n° 304”, impresa el 28 de septiembre de 1989.

Me dirijo a vuestra honorabilidad a fin de someter a su consideración un proyecto de ley que modifica la actual composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e introduce reformas a los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación concernientes a la regulación del recurso extraordinario y de la queja por su denegación.

Las medidas propuestas constituyen una solución para la actual coyuntura, que no descarta sino que se integra en un proyecto global, el cual ha de apoyarse en la reforma judicial, en la revisión del marco de competencias de la Corte y en el necesario examen crítico de la actuación del Estado como litigante en cuanto éste es parte en la mayoría de los casos sometidos a la decisión de aquélla.

Además de tratarse de un hecho notorio, estadísticas recientes demuestran que el Tribunal Superior se está desarrollando en condiciones que pueden reputarse como anormales, entre las que cabe destacar: a) el número excesivo de causas que debe resolver (ingresan más de 4.000 por año) y b) el mantenimiento del reducido número de sus integrantes y el incremento de los funcionarios que realizan tareas inherentes a los jueces, las cuales son de exclusiva responsabilidad de éstos según las normas constitucionales (menos de 10 en 1969 y 39 en el corriente año).

En consecuencia, como una primera etapa del referido proyecto global se propicia aumentar a nueve (9) el número de los integrantes del tribunal, para favorecer su trabajo personal e indelegable, en respuesta a las exigencias que emanan de la Constitución Nacional.

Esta medida, que guarda armonía con las soluciones adoptadas en el derecho comparado y atiende a la inmediatez, también podrá contribuir al robustecimiento de las decisiones que adopte la Corte en materia de control de constitucionalidad y a la mayor autoridad académica de sus fallos.

Además, la imprescindible modificación del artículo 21 del decreto ley 1.285/58 aconseja incorporar a dicho texto la referencia a los procuradores fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme a lo dispuesto por la ley 15.464, del año 1960.

Por otra parte se propicia conceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación la facultad de rechazar el recurso extraordinario, según su sana discreción, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Atribuirle al tribunal tal discrecionalidad no excede el margen que para la ley reglamentaria del recurso se desprende del artículo 101 de la Constitución Nacional, y contribuirá al mejor funcionamiento del cuerpo.

Esta innovación se apoya en el proyecto de reformas a la ley 48, elaborado por la comisión creada por resolución del Ministerio de Educación y Justicia 712, del 9 de abril de 1984, integrada por los doctores Boffi Boggero, Bídart Campos, Linares, Masnatta, Morello, Moncayo y Colombres.

Por último, en lo sustancial, las medidas propuestas coinciden con las pertinentes sometidas a vuestra consideración (mensaje 1.693) el 23 de octubre de 1987.

Dios guarde a vuestra honorabilidad.

Carlos S. Menem - Antonio F. Salonia”

El texto del proyecto distinguía en dos artículos separados las reformas propiciadas (aumento del número de jueces e introducción del ‘certiorari’):

“El Senado y Cámara de Diputados, etc.

Artículo 1° - Sustitúyese el artículo 21 del decreto ley 1.285/58, texto según el artículo 1° de la ley 16.895, por el siguiente:

Artículo 21: La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por nueve jueces. Ante ella actuarán el procurador general de la Nación, y los procuradores fiscales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos y con el alcance previstos por el artículo 2° de la ley 15.464.

Tendrá su asiento en la Capital Federal y designará su presidente. Dictará su reglamento interno y económico y el reglamento para la justicia nacional, estableciendo las facultades de superintendencia de la Corte Suprema y tribunales inferiores.

Art. 2° - Sustitúyense los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por los siguientes:

Artículo 280: Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Si se tratare del recurso ordinario del artículo 254, recibido el expediente será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula. El apelante deberá presentar memorial dentro del término de diez (10) días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso.

Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos.

En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos.

Artículo 285: Queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema. Cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del artículo 282.

La Corte podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuere necesaria, la remisión del expediente.

Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo. Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la ley 48.

Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso.

[...]

Carlos S. Menem - Antonio F. Salonia”.

6.2) *Opinión de la Corte Suprema. La Acordada 44/89.*

La propuesta, lógicamente, no pasó inadvertida para la Corte.

Apenas siete días después de la presentación del citado mensaje de elevación ante el Senado, la Corte se expedía acerca de la reforma mediante la Acordada 44, del 22 de septiembre de 1989⁶⁹⁸. A través de la misma, el máximo tribunal criticó severamente la iniciativa de ampliar el número de sus integrantes (v. *supra*, capítulo segundo, par. VII.2), aunque consideró positiva la introducción de un instrumento como el ‘certiorari’ para reducir la sobrecarga que venía aquejándola:

“Buenos Aires, septiembre 22 de 1989.

Reunidos en la sala de acuerdos del Tribunal el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. José S. Caballero, el Vicepresidente Dr. Augusto C. Belluscio y los Ministros Dres. Carlos S. Fayt, Enrique S. Petracchi y Jorge A. Bacqué.

Consideraron:

1. Que esta Corte ha tomado conocimiento, por la prensa, que el Poder Ejecutivo Nacional ha enviado al Congreso un proyecto de ley por el que se modifica la composición del tribunal y determinados aspectos de su competencia.

2. Que la Corte no puede permanecer ajena a una circunstancia de tan seria repercusión sobre las instituciones republicanas, en la medida en que compromete, precisamente, el funcionamiento de la cabeza de uno de los poderes que, según la CN., gobiernan la Nación, y cuya misión por excelencia es la de custodiar la supremacía de la Ley Fundamental y ser el garante final de los derechos y garantías en ella consagrados. Resulta, entonces, un imperativo ético e institucional que esta Corte contribuya al esclarecimiento de un tema tan capital, máxime cuando su experiencia y juicio, por vincularse con puntos básicos de su organización, parecen tener un valor difícilmente sustituible (Opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dirigida al Senado, 10/08/1964).

Es más, a otros aportes semejantes al presente y de fecha mucho más próxima (Opinión cit.: Fallos 241:112), se suma, a modo de primer antecedente, que los estudios y preparación de lo que desde hace 126 años constituye la herramienta jurídica mediante la cual la Corte cumple con la referida misión, esto es, el recurso extraordinario de la ley 48, fueron llevados a cabo, precisamente, por miembros de este tribunal.

⁶⁹⁸ CSN, Acordada 44, del 22-IX-1989, JA 1989-IV-47; LL 1990-A-1089, con comentario de EKMEKDJIAN, Miguel Angel, “El rol institucional del Poder Judicial de la Nación, en una reciente acordada de la Corte Suprema de Justicia”; LL 1991-C-741, con nota de SCELZI, José L., “La Acordada 44 y la independencia del Poder Judicial (Necesidad de reformar el sistema constitucional para la designación de jueces)”; ED 135-981 (1989), con comentario de HERRENDORF, Daniel, “La Corte Suprema asume la defensa de sí misma para proteger las instituciones. Concierto sin bemoles para cuatro violines”. También analiza la Acordada 44/89 OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema ...*, ob. cit., pp. 193-202.

3. Que en lo atinente a la composición, el mensaje del Poder Ejecutivo señala que el proyecto al que acompaña constituye una solución para la actual coyuntura, y que atiende, principalmente, a las condiciones anormales en que el tribunal se desenvuelve, derivadas: a) del número excesivo de causas a resolver, y b) del mantenimiento de un reducido número de jueces y del incremento de los funcionarios que realizan tareas inherentes a aquéllos, las cuales son de exclusiva responsabilidad de los magistrados según las normas constitucionales.

4. Que cabe formular una observación liminar. No es aventurado afirmar que en el momento actual alienta en la sociedad argentina la esperanza de que la experiencia de transitar por el camino de las instituciones constitucionales sea esta vez verdadero y sólido. Uno de los pilares en que aquélla se asienta es la independencia y estabilidad del Poder Judicial, la cual no puede dejar de estar vinculada con la estabilidad de sus órganos y sus titulares.

Las bruscas alternativas de su composición, aunque entren formalmente en las atribuciones legales de otros Poderes, en los hechos afectan tales valores, los cuales deben ser especialmente preservados para asegurar dicha esperanza, surgida tras vicisitudes históricas amargas, prolongadas y reiteradas.

Esto debe tenerse especialmente en cuenta si se atiende a que el mensaje antes referido no expresa las concretas razones por las cuales el arbitrio propuesto sería el medio idóneo para conjurar el estado de cosas que lo motivaría.

5. Que, asimismo, entre la situación fáctica a la que se alude y el remedio cuya aptitud se da por presupuesta, media una distancia que no puede ser recorrida sin grave riesgo.

En efecto, las estadísticas anuales y públicas del tribunal muestran claramente que el incremento en la entrada de expedientes que se ha ido produciendo, por ejemplo, en los últimos 20 años, se ha visto permanentemente acompañado por un proporcionado y contemporáneo aumento de las causas falladas. Asimismo, determinados picos en el ingreso registrados en 1986, 1987 y 1988, responden a grandes grupos de litigios de análogo contenido (v.gr. problemas relativos a haberes previsionales), lo cual determina que, una vez sentada la doctrina del tribunal a su respecto, la resolución de cada caso se torne sensiblemente facilitada.

6. Que, por otro lado, resulta fundamental destacar que, por cuanto es imperativo constitucional que esta Corte sea 'una' (art. 94), el estudio y decisión de los procesos que atañen a su ministerio no puede estar asignado o limitado a sólo algunos de sus miembros.

Ahora bien, síguense de ello dos consecuencias a cual más importante. La primera, que si el tribunal debe actuar por la Constitución como una unidad, el aumento de sus componentes carece de todo influjo en la magnitud del ingreso de las causas a decidir. La restante, que, en tales condiciones, ese igual número de litigios deberá ser estudiado no por cinco sino por nueve jueces.

Ambas conclusiones, obviamente, son demostrativas de que la suma de miembros para un órgano unitario no es un vehículo conducente para variar el ingreso de expedientes; ni para aliviar lo que constituye el quehacer primordial de los magistrados: resolver los litigios; ni para agilizar el curso de los procesos.

La función de un órgano judicial facultad y deber de éste es determinar el derecho de las partes, con el objeto de eliminar sus conflictos; si el órgano es colegiado y uno, su composición ha de ser la que mejor tribute, por el mutuo y recíproco aporte de sus miembros, a la obtención de las decisiones más justas y oportunas. Empero, es una verdad a todas luces evidente y que la experiencia común ratifica, que el engrosamiento del número de jueces llamados a pronunciarse sobre una misma causa, por encima del que ya satisface los aludidos requerimientos, lleva a resultados precisamente opuestos a los recién mencionados. Debates interminables, multiplicación de votos dispares que impiden establecer criterios jurisprudenciales claros y previsibles, inseguridad jurídica, prolongación de las situaciones litigiosas, entre otros, son los efectos contraproducentes más notorios.

En este contexto, es apropiado recordar la exhortación del Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, Charles E. Hughes, cuando, en 1937, sostuvo que un aumento en el número de jueces de ese tribunal no promovería la eficacia de éste, que actúa como una unidad; habría sí agregó que escuchar a más jueces, conferenciar con más jueces, discutir con más jueces, convencer o ser convencido por más jueces (cit. en: Pusey, 'The Supreme Court Crisis', Nueva York, 1937, p. 17).

7. Que estas consideraciones mueven a la siguiente reflexión. La más que centenaria colección de Fallos de la Corte es prueba harto ilustrativa de que en los 120 años en que el tribunal actuó con la composición que hoy posee, sus sentencias han sido testimonio y resonancia de opiniones y pensamientos, criterios y filosofías, posiciones y principios variados y opuestos. Los votos concurrentes y los votos disidentes que se registran en casos que constituyen verdaderos hitos en el desarrollo y consolidación de los derechos y garantías de los individuos, y en la relación entre los órganos de los gobiernos federal y provincial, y también en múltiples controversias de aparente menor relevancia, acreditan silenciosa pero no por ello menos concluyentemente, que el número de magistrados que ha regido en tan extenso período prácticamente la vida toda del tribunal, y la de la Nación desde su definitiva organización lejos de impedir u obstaculizar un debate de las ideas suficiente, lo ha posibilitado plena y fecundamente. No hay, por ello, más que gratuidad en el citado mensaje cuando pretende, proyecto mediante, contribuir a la 'mayor autoridad académica de (los) fallos' o al 'robustecimiento (de) las decisiones en materia de control de constitucionalidad', mediante el nudo medio de sumar integrantes. Es, asimismo, cuestión bien sabida que, si de tal autoridad se trata, las opiniones no se cuentan sino que se pesan.

8. Que tal afirmación y los propósitos a los que obedecería, no son más consistentes si se los interpretase en el sentido de que esa mayor autoridad se lograría como consecuencia de que el aumento de jueces llevaría a reducir el número o la intervención de los actuales funcionarios del tribunal que, a juicio del mensaje, 'realizan tareas inherentes a los jueces, las cuales son de la exclusiva responsabilidad de éstos...'. Por cierto que semejante inconsistencia no provendría de que la función de decidir no estuviese unida al juez de tal manera que no se la pueda separar de éste ('inherente'), sino que derivaría de suponer dogmáticamente que, en el estado moderno, la existencia de un cuerpo de auxiliares produce, por sí, una transferencia, delegación o separación de facultades y deberes intransferibles, indelegables o inseparables. Ello sería tanto como dar por sobreentendido que el creciente e incomparable elenco de

funcionarios de las más diversas jerarquías y denominaciones y asesores que revistan en los otros dos poderes, realizan labores que, por la CN., son 'inherentes' al Presidente de la Nación o al Congreso Nacional. Por otro lado, la experiencia de nuestro país parece indicar que un incremento en el número de órganos titulares de una función suele ser acompañada de un incremento de los funcionarios auxiliares.

9. Que el mensaje también señala que la medida en estudio guarda armonía con las soluciones adoptadas en el derecho comparado. La consideración de este aserto es asaz problemática ya que no se lo acompaña por señalamiento alguno de los modelos tomados en cuenta. Con todo, es éste, como tantos otros, un aspecto en que la comparación de las experiencias de otros países no puede ser llevada a cabo ni rigurosa ni satisfactoriamente, sin el previo conocimiento y ponderación, por lo menos, de los caracteres, alcances y modos en que cada órgano ejerce su competencia, y de si se halla o no dividido en salas.

En tal sentido, las conclusiones que surgen de una investigación dirigida por el profesor de la Universidad de París, André Tunc, y realizada por magistrados y estudiosos en diferentes altos tribunales, como la Cámara de los Lores; las Cortes Supremas de los Estados Unidos de Norteamérica y de los Estados de California y Luisiana, Canadá, Japón, Suecia, Noruega, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Polonia, Alemania Federal; la Corte de Casación de Italia; el Tribunal de Suiza y de Yugoslavia; no autorizaría a avalar concluyentemente tal afirmación. Es más todavía, señala ese autor respecto de la Suprema Corte norteamericana, que su número de nueve jueces, quizás impuesto en razón de la gravedad de los problemas que debe resolver, obstaculiza ciertamente su cohesión. Y agrega que, en la Cámara de los Lores y en buena parte de otras cortes supremas, la unidad normal del juicio es de cinco magistrados, cuando ella no es de tres (v.: 'La Cour Judiciaire Supreme, une enquete comparative', París, 1978).

10. Que, en lo concerniente al último motivo invocado en el mensaje, esto es, que la reforma 'atiende a la inmediación', cabe puntualizar que si el tribunal ha de actuar como una unidad por lo que es necesario que todos los jueces se impongan de todas las causas (supra, 6), y si la inmediación con la controversia es una relación personal e intransferible de cada uno de aquéllos con ésta, no se acierta, entonces, a dar con las razones con base en las cuales la reforma beneficiaría tan destacado principio procesal.

11. Que no es dudoso que incumbe a la ley la determinación del número de los jueces de la Corte Suprema.

Sin embargo, la pertinencia de esa facultad está supeditada a que su ejercicio responda a una exigencia de las 'necesidades reales' a cuya consideración obedeció la reforma introducida por la Convención de 1860 a la Constitución de 1853 (Joaquín V. González, 'Obras completas', Ed. 1935, III, n. 584, ps. 502/503).

Consecuentemente, todo cuanto se ha venido exponiendo autoriza a concluir en que las 'necesidades reales' relativas a la aptitud del tribunal para el cumplimiento de sus funciones

constitucionales y legales, no entrañan requerimiento alguno para modificar al número de sus miembros. La solución a tales necesidades pide y reclama otros arbitrios.

12. Que, por lo contrario, el tribunal considera positivo el reconocimiento de la facultad que ya posee de designar a su Presidente (Fallos 158:292; Acordada del 22/06/1932; 210:5).

De igual manera estima conveniente y oportuna la reforma que el proyecto introduce como párr. 2 del art. 280 y 3 del art. 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Esto es así, por cuanto, como ya lo anunciara en sus pronunciamientos, el recurso extraordinario ha sido instituido como el instrumento genérico 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 la ha sido conferida, aun cuando su ejercicio puede promoverse en cuestiones entre particulares. Así, la ausencia de interés institucional que la jurisprudencia contempla, por regla general con el nombre de 'cuestiones federales insustanciales', autoriza el rechazo de la apelación extraordinaria, según se admite sin discrepancias a partir de Fallos 194:220 (Fallos 248:189 y otros).

Por lo demás, esta orientación sí se adecúa a las tendencias y propuestas imperantes en tribunales supremos de diversas nacionalidades, al paso que configura un punto fundamental de la concreta vigencia y cabal funcionamiento de aquéllos (Tunc, op. cit.). Es, asimismo, un criterio coincidente con el que, desde ya hace tiempo, ha venido aplicándose respecto de una Corte de obligada referencia, la norteamericana (v., v.gr., las reformas al United States Code, aprobadas el 27/06/1988 Public Law, 100 352).

Se podrá objetar, con todo, que no es justo o democrático, que sólo un cierto número de litigantes tenga la oportunidad de que la Corte Suprema acepte examinar sus recursos. Pero, justicia y democracia requieren del derecho, ante todo, que sea claro y adaptado a las condiciones sociales y a las aspiraciones contemporáneas. Si, para que la jurisprudencia sea así, es necesario cribar los asuntos que serán examinados por la Corte Suprema, esa selección, después que los litigantes fueron juzgados en las instancias anteriores, parece conforme con las exigencias de una justicia desarrollada (Rawls, J., 'A Theory of Justice', 1972).

13. Que, en suma, la reforma de la composición dificulta y demora el ejercicio de las funciones de la Corte y reduce su autonomía, en la medida en que se la somete al riesgo de una eventual paralización o impotencia que originaría un número de miembros que, amén de injustificado, dificultaría enormemente la toma de decisiones de un cuerpo que debe pronunciarse como una unidad, sin que siquiera se avizoren los presuntos beneficios.

En la medida de la falibilidad humana, interesa a la Corte la subsistencia misma del régimen democrático. Porque como lo ha señalado la mejor doctrina, una institución semejante no se compadece con los gobiernos autoritarios, en cuanto es de la esencia de ellos la liberación de las trabas de la Constitución y de la ley v. Legaz y Lacambra, 'Introducción a la ciencia del derecho', Barcelona, 1943, p. 498; Kelsen, 'Teoría General del Derecho y del Estado', 2ª Ed., México, 1988, ps. 333, 334; véase también: Comisión Internacional de Juristas, 'El Imperio de la ley en las sociedades libres', ps. 24 y 136,

Ginebra, 1959 (Opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, remitida al Senado, 10/08/1964, cit.).

De un modo diverso, las citadas modificaciones a los arts. 280 y 285 CPCC., resultan compatibles y adecuadas a la racionalización de sus tareas jurisdiccionales. También es positivo el reconocimiento de la mencionada atribución que posee esta Corte.

14. Que el número creciente de causas que son traídas a su conocimiento es motivo de seria preocupación por esta Corte; de ahí que resulte reconfortante advertir que, tal interés, es compartido por otras ramas del Gobierno Nacional.

Con motivo de la asunción de los primeros jueces de esta Corte, Bartolomé Mitre sostuvo: ‘como Presidente de la Nación busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran un contralor imparcial e insospechado de las demasías de los otros poderes del Estado, y que viniendo de la oposición dieran a sus conciudadanos la mayor seguridad de la amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del Alto Tribunal’.

Hoy, a más de un siglo de aquellas palabras, los que suscriben la presente creen contribuir a la siempre imprescindible reflexión que reclaman temas que tocan los cimientos del edificio institucional, y en las que se ve el tribunal comprometido. Lo hacen, continuando esa tarea de colaboración que iniciaran aquellos remotos antecesores en el cargo antes recordada y respondiendo a las esperanzas de imparcialidad e independencia en ella depositadas para todo tiempo y trance.

Por ello, acordaron:

Poner en conocimiento del Excmo. Congreso de la Nación y del Señor Presidente de la República, el presente texto. Augusto C. Belluscio. Carlos S. Fayt. Enrique S. Petracchi. Jorge A. Bacqué. En disidencia: José S. Caballero. (Sec.: Claudio M. Kiper).

Por su parte, el Presidente Dr. José S. Caballero expresó:

No se ha producido consulta alguna sobre la oportunidad y conveniencia de la reforma proyectada por el Poder Ejecutivo Nacional, como ocurrió en 1958 (Fallos 241:112) (9) y en 1964 (10) (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1964 I 901). Tampoco se solicitó el parecer de la Corte Suprema en el reciente proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de 1987, que esperaba elevar a 7 el número de jueces que la integrarían. Por ello, una resolución de la Corte Suprema dictada por medio de Acordada aparecería alterando la conducta y la jurisprudencia tradicional del Cuerpo de no expedirse en abstracto, ni aún ante consultas (Fallos 2:254; 34:62; 73:122, y muchos otros).

Asimismo, ni la CN ni la Ley de Organización de la Justicia Nacional, ni los reglamentos dictados en su consecuencia autorizan pronunciamientos genéricos sobre la oportunidad y conveniencia de pretendidas reformas a las leyes que regulan la composición de la Corte Suprema y aspectos de su competencia, como es el caso.

Al ser ello así, cualquier decisión abstracta puede comprometer el deber y el derecho de la Corte Suprema de expedirse en los casos concretos que le sean sometidos sobre la legitimidad constitucional de las leyes que se dictaren por el Congreso de la Nación.

En consecuencia, entiendo que no debe producirse el pronunciamiento que pretende la mayoría”.

Como puede advertirse, el eje central del pronunciamiento institucional de la Corte hecho público a través de la Acordada 44/89, giró en torno de la propuesta de elevar el número de jueces del máximo tribunal. La Corte dedicó casi todas sus reflexiones a desvirtuar las razones de “eficiencia” y “fortalecimiento” de su rol institucional, contenidas en el mensaje de elevación dirigido pocos días atrás por el Poder Ejecutivo al Senado, con las que se pretendía justificar aquella reforma orgánica. Frente a una decisión de semejante gravedad para el sistema republicano, el debate público relativo a la conveniencia de consagrar un sistema de selección de causas se vio opacado⁶⁹⁹.

En efecto, uno sólo de los 14 considerandos del pronunciamiento de la mayoría (el considerando 12º) se refirió explícitamente a la propuesta de modificación de los arts. 280 y 285 del CPCN, considerándola positiva, compatible con el sistema democrático y con las “exigencias de una justicia desarrollada”. También se hace alusión en la Acordada a la doctrina de la Corte, análoga a la de su par estadounidense, por la que tradicionalmente se desestiman los recursos extraordinarios que porten cuestiones “insustanciales”. Se quería indicar con dicha reflexión que la innovación no era tan radical y venía de alguna manera a hacer explícita en la ley, la atribución que el máximo tribunal se había arrogado de declarar improcedente el recurso extraordinario federal frente a cuestiones insustanciales.

En realidad, como luego veremos con más detenimiento, la reforma fue mucho más allá de la mera “formalización” de una potestad asumida pretorianamente con antelación. La incorporación de la categoría de la “trascendencia” como condición de admisibilidad del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, fue una auténtica novedad

⁶⁹⁹ Cabe recordar que la Acordada 44/89 causó un profundo impacto en el debate público, habiendo tomado nota de la misma las principales fuerzas políticas del momento. El oficialismo, en particular, cuestionó la citada forma de exteriorización de la posición asumida institucionalmente por la Corte, como una alteración del principio de separación de poderes y una intromisión en competencias que le son ajenas. Baste en tal sentido con acudir a la intervención de los senadores oficialistas y de las fuerzas aliadas que acompañaron la iniciativa, para advertir el notable malestar ocasionado por la citada Acordada, que además provocó el pedido (infructuoso) de juicio político contra los cuatro firmantes de la misma (CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, 22ª reunión, 18ª sesión ordinaria, pp. 2604-2673, en particular, intervención de los senadores SAADI DE DENTONE, CORCHUELO BLASCO y Eduardo MENEM).

que desbordaba los confines de la tradicional doctrina de las cuestiones “insustanciales” (v. *infra*, par. IV, ap. 3.1.b]). Por lo que, en verdad, esta última no agotaba los alcances de la reforma propiciada respecto de los arts. 280 y 285 del CPCN.

Una vez más se buscaba “desdramatizar” una reforma significativa de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema, que no sólo “validaba” una práctica precedente, sino que profundizaba sus potestades de selección, al permitirle, además de descartar temas “insustanciales” (v. los alcances de esta noción *infra*, par. IV, ap. 3.2): i) determinar flexiblemente qué constituye una “cuestión trascendente” a los efectos del recurso extraordinario; ii) admitir necesariamente sólo los recursos en los que se planteen temas de dicha calidad; y iii) admitir o desestimar, según su sana discreción, recursos que versen sobre temas intrascendentes, sin más motivación que la cita del precepto reformado (v. *infra*, par. IV, ap. 3.4).

Así quedó planteada la posición de la Corte Suprema respecto del proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo: una firme discrepancia con la propuesta de ampliación de sus miembros (tema abordado ‘*in extenso*’ *supra*, cap. segundo, ap. VII.2) y un apoyo abierto hacia el sistema de selección que luego pasara a ser conocido como el ‘certiorari’ argentino.

6.3) Trámite parlamentario. Cámara de Senadores.

El trámite del proyecto ante la cámara de origen (Senado) muestra algunas notas destacables a título general: i) la agilidad de su tratamiento; ii) la práctica “monopolización” del debate en torno a la ampliación de los miembros de la Corte, que ya para ese entonces se mostraba como una maniobra poco sutil del gobierno, para lograr una composición del máximo tribunal que sea acorde con su ideología; iii) consecuentemente, la ausencia de una discusión apropiada sobre la mayor reforma legal de la competencia apelada de la Corte Suprema desde 1863 (ley 48).

Como fuera anticipado, el *iter* que culminara con la aprobación de la ley 23.774 tuvo inicio con proyecto elevado por el Poder Ejecutivo el 15 de septiembre de 1989. A los pocos días, en la sesión del 20 de septiembre de ese año, se aprobó la moción de privilegio solicitada en el recinto por el Senador Alberto RODRÍGUZ SAA, por la que se propiciaba que el proyecto sea tratado “con dictamen de comisión o sin él, en la sesión

del 27 de septiembre o en la primera posterior”⁷⁰⁰. Una demostración más de la prioridad que la iniciativa tenía para el oficialismo.

El 22 de septiembre de ese año, como fuera adelantado, la CSJN se pronunciaba a su respecto a través de la Acordada 44/89, transcrita párrafos más arriba.

Cuatro días después, el 26 de septiembre, pese a que la moción de privilegio aprobada una semana atrás permitía al plenario tratar el proyecto “con dictamen de comisión o sin él”, las Comisiones de Asuntos Constitucionales, de Interior, de Justicia y de Legislación General se pronunciaron favorablemente, por mayoría, respecto de la iniciativa:

“Honorable Senado:

Vuestras comisiones de Asuntos Constitucionales, de Interior y Justicia y de Legislación General han considerado el mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo (P.E.-102/89), por el que se amplía el número de miembros de la Corte Suprema y se modifican algunas normas procesales referidas al recurso extraordinario y al de queja por su denegatoria; y, por las razones que se exponen en el informe adjunto, os aconsejan su aprobación.

De acuerdo a lo previsto en el Reglamento del Honorable Senado, artículo 105, este dictamen pasa directamente al orden del día.

Sala de las comisiones, 26 de septiembre de 1989.

Carlos A. Juárez. - Alberto J. Rodríguez Saá. - Arturo I. Iménez Montilla - Julio A. Amoedo. - Horacio F. Bravo Herrera. - Alicia A. Saadi de Denione. - Eduardo Menem.

En disidencia:

Juan R. Aguirre Lanari – Fernando de la Rúa. - Héctor Jorge Velézquez: - Antonio T. Berhongaray.

En disidencia total dejando constancia que adjuntará informe escrito:

Luis A. Brasesco.

En disidencia total por las razones que expresará en el recinto:

Fernando H. Mauhun.

INFORME

Señor presidente:

El presente proyecto de ley al sustituir el artículo 21 del decreto ley 1.285/58, según el texto establecido en el artículo 1º de la ley 16.895, modifica el número de jueces con los que se compone la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁷⁰⁰ CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, 19ª reunión, 16ª sesión ordinaria, p. 2329 (moción de privilegio n° 7 de la sesión del 20 de septiembre de 1989).

Mucho se ha dicho acerca de la elevada cantidad de causas que se tramitan por ante este cuerpo y ha sido una preocupación permanente la necesidad de aumentar el número de sus miembros para poder satisfacer la creciente demanda de justicia.

Sin considerar los antecedentes históricos más remotos como los de la Constitución de 1853 que fijaba en nueve el número de sus miembros, es menester referirse a los más recientes para justificar este incremento que hoy es imperioso, y que preocupó a los últimos gobiernos constitucionales sin excepción de los últimos 30 años.

Así, en 1958 se dictó la ley 15.371, durante la presidencia del doctor Frondizi, que elevó a siete el número de integrantes de la Corte y en 1964, durante la presidencia del doctor Illia, el Poder Ejecutivo, envió un proyecto que tuvo sanción en el Honorable Senado de la Nación que elevaba a diez el número de jueces del alto cuerpo, habiendo recibido media sanción de esta Honorable Cámara que elevó el número de jueces del alto tribunal a once.

Más recientemente, durante la presidencia del doctor Alfonsín, éste remitió un mensaje y proyecto de ley a la Honorable Cámara de Diputados por el cual se elevaba a siete el número de miembros, el que tuvo despacho favorable de la mayoría de las comisiones de Interior y Justicia y de Asuntos Constitucionales de la Cámara baja.

Las razones aducidas entonces y hoy vigentes, se refieren al número de causas pendientes de resolución (se hablaba de 6.000. en el proyecto de 1987), al incremento de juzgados y tribunales y en definitiva al aumento poblacional del país, situación que había dado lugar a que Sarmiento fundara en su oportunidad la necesidad de reducir el número de miembros.

El propio tribunal en sendos pronunciamientos efectuados en las vísperas de los proyectos de ley de 1958 y 1964 reconocía esta situación y requería su ampliación por razones que hoy permanecen inalterables.

Por otra parte es facultad del Poder Legislativo según el artículo 94 de la Constitución Nacional y concordantes establecer el número de miembros del alto tribunal y de los tribunales inferiores de la Nación.

Asimismo se establece que ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, actuarán el procurador general de la Nación y los dos procuradores fiscales, con lo que se regulariza una situación que la legislación vigente no contemplaba con respecto a estos últimos, llenando con ello un vacío legislativo reconocido unánimemente.

En su artículo 29 se sustituyen los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, introduciendo la institución del *writ of certiorari*, que viene a convalidar una práctica usual del alto tribunal en la consideración de los recursos extraordinario y de queja por su denegatoria.

De esta forma se da sustento legal a las decisiones judiciales fundadas sólo en la práctica forense recogiendo la doctrina de la materia vigente en los Estados Unidos de América y en nuestro país.

Es por ello que las comisiones aconsejan la sanción del presente proyecto de ley.

Carlos A. Juárez. - Julio A. Amoedo”.

Como puede advertirse, respecto de la propuesta de incorporación del ‘certiorari’, se mantenía la tendencia a considerar que la reforma sólo importaba “convalidar una práctica usual” en la jurisprudencia de la Corte, acudiéndose nuevamente al régimen norteamericano como argumento de autoridad, sin penetrar en modo alguno en el acierto de dicha premisa comparativa.

Finalmente, el 28 de septiembre de 1989 tuvo lugar la sesión del plenario dedicada al tratamiento del controvertido proyecto⁷⁰¹. Como fuera adelantado, el interés de los senadores que participaron en el debate se concentró fundamentalmente en la denunciada intención del gobierno de ocultar, en supuestos argumentos de eficiencia, la real intención de contar con una corte “favorable” a su política o directamente “adicta”⁷⁰².

Sin perjuicio de ello, en algunas de las intervenciones pueden hallarse ciertas referencias al objeto de esta investigación. Aunque las mismas no sean verdaderamente esclarecedoras sobre los alcances del instituto que se regulaba, de todos modos son valiosos para verificar qué tipo de antecedentes fueron tenidos en cuenta en la propuesta y, paralelamente, cuáles fueron los puntos de la nueva reglamentación que despertó el interés de los legisladores.

⁷⁰¹ V. CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, 22ª reunión, 18ª sesión ordinaria, pp. 2604-2673.

⁷⁰² En tal sentido, pueden verse las intervenciones de los senadores Fernando DE LA RÚA (esp. pp. 2614-2616, 2670), SOLARI IRIGOYEN (p. 2627 a 2637), BERTHONGARAY (p. 2661 y ss.). En defensa del proyecto, procurando resistir la embestida de la oposición y asegurando que la reforma sólo buscaba beneficiar la eficiencia y robustez de los fallos de la Corte, sin que el gobierno estuviera interesado en contar con una corte “adicta”, v. intervenciones de los senadores JUAREZ (p. 2609 y 2616), SAADI DE DENTONE (p. 2619 y 2649 y ss.), CORCHUELO BLASCO (pp. 2658-2659), Eduardo MENEM (esp. pp. 2664, 2665, 2669, 2670). Considerando que la mera “sospecha” de politización de la reforma de la integración de la Corte bastaba para oponerse a la misma, v. intervención de los senadores ROMERO FERIS (p. 2625), GROSSO (p. 2637), GASS (p. 2652 y 2654). Todas las páginas citadas corresponden a la edición del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores referida en nota al pie anterior.

Es de recordar que, para la época del debate parlamentario ante el Senado (septiembre de 1989), ya se habían celebrado las elecciones que dieran como triunfador a Carlos MENEM (mayo de 1989). Este último, por la crisis político-económica que vivía el país, asumió anticipadamente el gobierno (se hizo cargo de la Presidencia en el mes de julio, en vez de hacerlo en diciembre). Dicha anticipación fue acompañada de un acuerdo entre la Unión Cívica Radical (partido saliente) y el Justicialismo (vencedor en las elecciones), por el que el primero aceptaba apoyar las iniciativas legislativas del gobierno entrante, tendientes a la superación de dicho cuadro de emergencia. El debate de la ley 23.774 también fue prolífero en intercambios partidarios como, por ejemplo, la disputa en torno a si la reforma propuesta estaba o no incluida en aquel “acuerdo de transición” entre ambas fuerzas (en tal sentido, véanse, por ejemplo, las citadas intervenciones de los senadores BERTHONGARAY y Eduardo MENEM).

En el discurso que diera inicio a la sesión, el senador JUÁREZ presentó el dictamen de la mayoría (oficialismo), expidiéndose sobre diversos aspectos tocantes a la reforma propiciada. La aproximación fue primordialmente técnica, intentando encontrar apoyatura académica, histórica y normativa, tanto para la controvertida decisión de aumentar los miembros de la Corte (tema ya abordado), como para la propuesta de incorporación del instituto del ‘certiorari’ en nuestro medio. Respecto de este último tema, que aquí nos interesa, sostuvo el senador JUÁREZ⁷⁰³, luego de destacar la urgencia evidenciada por la dramática situación de sobrecarga de expedientes que pesaba sobre la Corte Suprema:

“[...] [A] este efecto, el Poder Ejecutivo adopta la vía del *certiorari* con el evidente objeto de provocar una disminución del número de causas que lleguen al estudio exhaustivo del más alto tribunal de justicia. Por eso, en el artículo 2º del proyecto se propone sustituir los artículos 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial.

La modificación propuesta para el artículo 280 dice lo siguiente [...]

Lo mismo dispone luego en la modificación propuesta para el artículo 285 [...]

Con esto quiero significar que el Poder Ejecutivo contribuye con su proyecto, indudablemente, a encontrar otra vía para aliviar el trabajo de la Corte, lo que va más allá del número de sus miembros.

[...] al margen de ello, esta otra propuesta contribuirá, indudablemente, a aliviar el trabajo referido a la cantidad de expedientes que se encuentran a estudio de la Corte ya que, por vía del *certiorari*, podrán ser rechazadas lacónicamente las causas que no tienen tanta trascendencia, que son poco sustanciales.

Es decir, éste es el trámite, la esencia del *certiorari*: no abundar en fundamentos explícitos sobre la causa, sino expresarse en párrafos sentenciosos, breves, escuetos, que resuman todo un pensamiento, una decisión del tribunal.

Por otra parte, tampoco se ha innovado en este tema, ya que el *certiorari* fue introducido en la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1925 por vía de la reforma legal que se concretó allí, evitándose que llegaran a ese alto organismo, para su estudio exhaustivo, causas derivadas de ciertos tipos de apelaciones, motivadas, por ejemplo, en errores de sentencia. Y esto es lo que se ha recogido aquí, en la Argentina.

Quiero referirme en este aspecto, a la comisión que en su hora fue designada para el estudio de la ley 48 y su correspondiente reforma.

En el año ’84, el Ministerio de Educación y Justicia designó una comisión para el estudio de la reforma, referida al régimen del artículo 14 de la ley 48; esa comisión dictaminó aconsejando la

⁷⁰³ V. CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, 22ª reunión, 18ª sesión ordinaria, pp. 2606 y ss.

institución del *right of certiorari*⁷⁰⁴, oriundo de los Estados Unidos, con un texto que es muy similar al que hoy nos presenta el Poder Ejecutivo a través de su proyecto. El texto redactado por esa comisión de notables juristas del año '84 dice, proponiendo la reforma del artículo 280 del Código Procesal: 'La Corte según su sana discreción y con la sola intervención de esta norma podrá rechazar *in limine* el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resulten insustanciales'.

Además, quiero hacer notar que esta opinión era compartida por el miembro de la comisión, el distinguido constitucionalista doctor Bidart Campos, quien propuso simplemente otra fórmula: 'La Corte Suprema podrá excluir de su decisión las causas en que, como tribunal de garantías constitucionales y según su sana discreción, estime razonablemente que la índole del agravio federal, la insustancialidad de la cuestión planteada o la trascendencia institucional de la misma no requieran su revisión extraordinaria'.

Quiero significar, entonces, que esta institución que se incorporaría a través de este proyecto va a eliminar una cantidad enorme de causas que demandarían un estudio exhaustivo del más alto tribunal del país.

Pero además este instituto ya está prácticamente incorporado a la jurisprudencia de la Corte por la interpretación pretoriana de sus integrantes, y a este respecto me voy a permitir leer dos o tres antecedentes que nos demuestran que no hacemos otra cosa en este momento, a través de este artículo, que institucionalizarlo, que darle contenido legal a lo que ya está resolviendo hoy la Corte. Dice en esta fórmula pretoriana que 'a juicio de esta Corte no se advierte un caso de arbitrariedad que justifique su intervención en materias que según el artículo 14 de la ley 48 son ajenas a su competencia extraordinaria'. En estos párrafos la Corte rechaza el recurso. Se trata de la causa 'Ferrocarriles Argentinos c/ Saulo'.

En muchos otros casos la Corte ha incorporado este instituto del *certiorari* donde se examinan someramente las cuestiones planteadas y se resuelve lacónicamente sin extremar los fundamentos. Ha habido muchos casos como ése. Entre otras cosas, ha resuelto la Corte que el recurso extraordinario cuya denegación origina esta queja atañe a la interpretación y aplicación de normas no federales. En otras oportunidades la Corte ha resuelto que el recurso extraordinario cuya denegación origina esta queja atañe a meras cuestiones de hecho.

Existen éstos y otros tantos casos más –a los que no quiero referirme en forma pormenorizada para no fatigar la atención de este honorable cuerpo- donde la Corte ha dicho, refiriéndose a normas procesales, que por ellas se llega en queja a la Corte. Y que el recurso extraordinario atañe a normas que si bien son federales tienen naturaleza meramente procesal.

⁷⁰⁴ Textual de la transcripción citada en nota anterior. El senador JUÁREZ se refirió al "right of certiorari" siendo luego corregido este claro defecto de expresión, en la intervención del senador AGUIRRE LANARI ("Digo *writ* porque, conforme a lo que escribí el doctor Blancos Iberia, se dice *writ* y no *right*, y se escriben de manera diferente", CÁMARA DE SENADORES, *Diario de Sesiones*, *id.* nota anterior, p. 2643).

Llegan a la Corte situaciones fácticas que se refieren muchas veces a vicios en la prueba, a fallas en la instrucción de algunos expedientes, a cuestiones de hecho que tienen que ser resueltas de acuerdo a esta métrica legal mediante *certiorari* con resoluciones cortas, breves. Claro está —y yo reconozco también— que en definitiva el *certiorari* va a facilitar el cúmulo de tareas que tiene la Corte rechazando al límite algunos recursos que ostensiblemente parecieran haberse apartado de los cánones, pero también debo reconocer que en definitiva los justiciables y litigantes reclaman fundamentos en las decisiones. Y tienen derecho a hacerlo y no a recibir frases lacónicas.

Pero en principio, por ahora, éste es el remedio que ha sido adoptado en Estados Unidos, también en otros regímenes constitucionales, y que actualmente está incorporado de hecho en nuestro sistema por decisión de la Corte. Nosotros no hacemos más que legitimarlo, darle estado institucional a través de este proyecto de ley.

Quiero enfatizar esto para demostrar que la modificación de estos dos artículos del Código Procesal no significa otra cosa que institucionalizar lo que la Corte viene haciendo con sentido pretoriano para evitar la acumulación de las causas que llegan a sus estrados [...]”.

Inmediatamente después de dicha apertura intervino el miembro informante por la minoría, senador DE LA RÚA, quien también adoptó un enfoque técnico de varios de los institutos sometidos a revisión. Luego de enfocar sus críticas sobre la pretensión de instalar una Corte “adicta” al gobierno a través del espurio mecanismo aumentar el número de magistrados, el legislador se expidió acerca de la reforma de los arts. 280 y 285 del CPCC en estos términos⁷⁰⁵:

“Me opongo al proyecto, señor presidente, como me opuse a otro similar enviado por el Poder Ejecutivo en 1987 [...]

Se trataba de una iniciativa que elevaba a siete el número de jueces de la Corte. Incluía además el nombramiento del presidente de la Corte por el presidente de la República. Asimismo, incluía el *certiorari*, o sea la facultad de seechar causas o recursos tal como lo revé el actual proyecto, y también incluía la institución del *per saltum*.

Al analizar ese proyecto y de acuerdo con el momento y las circunstancias en que sobrevino la iniciativa, debo decir que no descubrí en ella ninguna intención política circunstancial.

Señalé mi oposición a la idea porque no encontré que sirviese a una mayor eficiencia de la Corte por el aumento del número de sus miembros. Asimismo, el procedimiento del *per saltum* me pareció que abría exageradamente el poder de la Corte Suprema para conocer cualquier causa en cualquier momento y que bastaba con la jurisprudencia que la Corte había consagrado para los casos de gravedad institucional.

⁷⁰⁵ CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, cit., pp. 2614 y ss.

En cuanto al *certiorari* como facultad para seleccionar las causas o desechar aquellas a las que no encontrara gravedad suficiente, sostuve, como lo voy a explicar enseguida, que no debía hacerse sin crear al mismo tiempo un tribunal y un recurso de casación para la justicia federal. Es decir, una instancia intermedia que posibilite la revisión de las sentencias cuando se denunciaren vicios, sobre todo de carácter formal, capaces de invalidarlas [...]

Quiero referirme a otro aspecto de la cuestión, que es el denominado *writ of certiorari* en el proyecto que envió el Poder Ejecutivo. Se trata de la facultad que se atribuye a la Corte, en orden a facilitarle su desenvolvimiento, para rechazar los asuntos que considere insustanciales.

Tiene razón el senador por Santiago del Estero en que esto es lo que de hecho la Corte viene haciendo a través de una fórmula, apicando una fórmula tipo de rechazo, un cliché.

El proyecto trata de legalizar esta situación diciendo que la Corte puede rechazar las cuestiones insustanciales y limitarse a resolver aquellas que expresamente decida considerar o resolver.

En realidad, este tema lo planteaba la Corte de otra manera. No decía que podía rechazar causas insustanciales, sino que afirmaba que en determinadas situaciones podía conocer de causas que revistieran gravedad institucional aunque no estuviesen dados todos los requisitos formales del recurso. Es decir, no era una potestad por la negativa, sino una potestad positiva de conocer algunos asuntos respecto de los cuales el recurso no se hubiese planteado con todos los recaudos de la ley.

En el fallo donde se origina esta doctrina, dijo la Corte: 'La Corte Suprema no puede declinar el ejercicio de su función fundamental, que es la tutela de los intereses comunitarios de la Nación, deteniéndose ante ápices procesales frustratorios'. Se habla de 'ápices procesales frustratorios': se quiso hacer referencia a obstáculos, óbices, es una expresión que tiene la resonancia del caso liminar o básico que consagró la doctrina de la gravedad institucional que se aplicó sólo en pocas ocasiones y en no demasiados asuntos. Hay alguno que se remonta al tomo 35 de la Corte. Pero en su concepción moderna esto arranca del caso Jorge Antonio, quizá el primero en esta materia. Está luego, el caso del Plan Conintes [...] También están los casos del Partido Justicialista de Córdoba en el 61, el caso Penjerek, el de Swift-Deltec y otros en donde la Corte ejerció una competencia positiva, más allá de lo permitido por el rigor formal.

En este proyecto se plantea en cambio la posibilidad de aliviar a la Corte del conocimiento de algunos asuntos, permitiéndole decir, a través de una simple fórmula o de la invocación del artículo de la ley, que el asunto no es importante y, que por lo tanto, lo rechaza o lo descarta.

En la práctica de la Corte Suprema de los Estados Unidos, todos los años se seleccionan los asuntos en los que se va a pronunciar, tratando sólo aquellos en los que considera importante para la elaboración de la doctrina constitucional de la Nación, emitir su fallo. En cambio, desecha a los otros, los deja afuera, los aparta de hecho.

Aquí se trata de la incorporación de otra regla y al respecto deseo hacer la siguiente reflexión. Pienso que al consagrar expresamente esta facultad, lo que hoy se concreta de hecho mañana se multiplicará de una manera peligrosa y desaparecerá la posibilidad de control constitucional sobre la validez de muchos fallos de los tribunales inferiores. Por ello, como dije en 1987 y en 1988, la facultad

de no conocer en la causa si no le reconoce importancia al tema, regula de derecho una situación de hecho, ampliándola al justificarla legalmente. Al reducir drásticamente el control de la validez de las sentencias por vía de arbitrariedad, queda sin protección la garantía constitucional de motivación de las sentencias. Por eso, una reforma como ésta precisa la creación previa de un tribunal de casación, una instancia intermedia entre las cámaras de juicio y la Corte Suprema.

Un tribunal de casación que examine la legalidad sustancial de las sentencias, pero sobre todo su validez formal, habida cuenta de que su adecuada motivación es también garantía constitucional.

Si se combinara el recurso de casación con el control de constitucionalidad, que bajo el nombre de recurso por arbitrariedad ejerce la Corte, podría llegarse a un alivio en su tarea, sin desmedro del derecho de los litigantes de que su reclamo frente a una sentencia viciada sea examinado, especialmente cuando son muchas las sentencias defectuosas que dictan los tribunales.

Ahora bien, este tribunal de casación no es el del proyecto del diputado Vanossi ni tampoco el de Santiago Fassi de 1964 en este Senado. Es decir, no se trata del famoso Tribunal Nacional de Casación del que se ha hablado muchas veces: la casación nacional con potestad para juzgar y revisar las sentencias de cualquier tribunal de la República respecto de cualquier punto de derecho. Como instancia superior unificadora de la aplicación del derecho común y procesal. No; sólo debe ser una casación para la justicia federal limitada al examen de las sentencias definitivas en el mérito de los tribunales con esta competencia para examinar el catamiento a la ley de esas sentencias y uniformar así la jurisprudencia y asegurar la observancia de las reglas formales para su validez [...]

Si por este artículo se suprime el control que actualmente ejerce la Corte, quedará desvalido el derecho de los ciudadanos y anulada esta garantía de obtener una sentencia debidamente motivada, de acuerdo con las exigencias de la Constitución [...]

En ese punto interrumpe brevemente el senador JUÁREZ:

“El señor senador por la Capital teme que el recurso del *certiorari* pueda dar lugar a la multiplicación de las situaciones jurídicas que se planteen. No comparto esta opinión porque ya existen y se está aplicando, aunque no sancionemos este proyecto. En caso de que no lo hagamos, se seguirá aplicando lo mismo ¿Y por qué vamos a dejar fuera del marco de la legalidad esta creación pretoriana del máximo tribunal que es la Corte Suprema? No estamos inventando nada.

Y si quiere le diría –pedestrementemente- que con esto estamos inventando el paraguas”.

Y retoma la palabra el senador DE LA RÚA, luego de un breve intercambio de opiniones:

“[...] Una cosa es lo que se hace de hecho, y otra es decir que lo puede hacer a través de una ley. Así, no le ponemos límites, sin haber creado el elemento sustitutivo”.

Las dos siguientes intervenciones (senadores ROMERO FERIS y BRAVO, que respectivamente se expidieron en contra y a favor del proyecto) no harían referencia alguna al tema del ‘certiorari’, limitando su exposición a la problemática de la modificación de la integración de la Corte.

La siguiente referencia a la iniciativa de reforma de los arts. 280 y 285 del CPCN en el debate ante la Cámara Alta, tendría lugar a través del senador SOLARI IRIGOYEN. Este último, pese a compartir el bloque partidario con el senador DE LA RÚA (UCR), discrepó con él acerca de la conveniencia de reglamentar el ‘certiorari’ en nuestro medio. DE LA RÚA, como fuera anticipado, además de oponer algunos reparos a la positivización de mecanismos discrecionales de selección de causas en cabeza de la Corte, consideraba que, en todo caso, la aprobación de esta parcela de la reforma debía estar condicionada a la previa creación de un tribunal de casación federal. SOLARI IRIGOYEN, en cambio, apoyó directamente la propuesta⁷⁰⁶:

“Como bien lo ha dicho el señor senador por Santiago del Estero [nota: se refiere al senador justicialista JUÁREZ, quien abriera el plenario como informante del dictamen de la mayoría], la reforma viene a consagrar una jurisprudencia con la que yo también coincido. Y, en este sentido, tengo una opinión distinta de la de mi colega, el señor senador de la Rúa, un destacado jurista. Pero esto prueba que los radicales no somos dogmáticos, que podemos tener puntos de vista encontrados en materia jurídica [...] Personalmente, creo que la reforma propuesta es buena y, en este punto, estoy de acuerdo con el mensaje del Poder Ejecutivo. Mi disidencia es con el artículo 1º de este proyecto –que considero fundamental- pero no con los artículos 2º y 3º”.

Luego de la intervención del senador GROSSO, que se opuso al proyecto *in totum* razonando exclusivamente en torno a la temática del número de jueces de la Corte, el próximo discurso que haría referencia al tema de esta investigación es el del senador correntino AGUIRRE LANARI, quien, en la parcela pertinente de su exposición, cuestionaba la modificación del ordenamiento adjetivo en estos términos⁷⁰⁷:

“[...] La norma proyectada en el mensaje que viene del Poder Ejecutivo no se agota con sólo propiciar el aumento del número de miembros de la Corte, sino que introduce reformas a los artículos 280 y 285 del Código Procesal en los Civil y Comercial, referentes a la sustanciación de los recursos

⁷⁰⁶ CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, cit., pp. 2627 y ss.

⁷⁰⁷ CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, cit., pp. 2639 y ss.

extraordinario y de queja por denegación del recurso extraordinario. Para ambos supuestos se faculta al alto tribunal a rechazar los recursos si en el caso concreto entiende que no hay agravio federal suficiente o las cuestiones planteadas resultan insustanciales o carentes de trascendencia.

El recurso extraordinario tiene por propósito fundamental preservar la vigencia efectiva de la Constitución Nacional y, particularmente, las garantías y derechos constitucionales para hacer efectivo el principio de la supremacía de la Constitución establecido en el artículo 31, como bien lo señala en una definición que me ha permitido leer el doctor Segundo V. Linares Quintana, en su *Tratado de la ciencia y del derecho constitucional*.

Se ha dicho que si bien la fuente inmediata del recurso extraordinario reglado por la ley 48 está en el derecho norteamericano, la fuente mediata reside en los fueros españoles, en especial en aquellos famosos fueros de los reinos de Aragón y de Navarra. Así lo ha sostenido Norberto Gorostiaga, para quien "... la realidad histórica demuestra que lo que nuestros legisladores encontraron elaborado en los países sajones, no era sino el desenvolvimiento de reglas firmemente establecidas en los fueros españoles, especialmente en los reinos de Aragón y de Navarra. Esto lo dice en su conocido libro *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación*, página 9.

Ahora bien, en el mensaje elevado por el Poder Ejecutivo se sostiene que corresponde atribuirle discrecionalidad a la corte en la determinación de los casos que son susceptibles de revisión mediante los recursos extraordinario o de queja.

Esta discrecionalidad establecida por la ley autorizará al tribunal para negarse a administrar justicia en aquellos casos en que considera que el agravio federal no es suficiente o que las cuestiones planteadas carecen de trascendencia. Todo ello, a pesar de que en el caso concreto pueda existir una real lesión a los preceptos constitucionales. En síntesis, cuando la Corte estime que un caso es importante, sobre la base de un juicio de valor que ella haga, podrá dar cabida al recurso extraordinario. Si, por el contrario, estima que el caso no reúne esa cualidad, a pesar de que se vulneren las garantías constitucionales podrá negarse a administrar justicia.

Ello importa una ruptura del principio de igualdad, ya que habrá litigantes con cuestiones carentes de trascendencia, según el criterio subjetivo del tribunal, y otros con asuntos relevantes. En ambos casos habrá cuestión federal, requisito básico para la viabilidad del recurso extraordinario. Pero, mientras en los casos mencionados en segundo término, o sea en aquellos que aducen o tienen causas relevantes según el criterio subjetivo del tribunal recibirán la garantía de la administración de justicia al más alto nivel, los mencionados en primer término, o sea aquellos que según el criterio subjetivo de la Corte invocan cuestiones carentes de trascendencia, estarán desamparados en última instancia judicial.

No participamos del criterio según el cual corresponde reducir el número de cuestiones sometidas a la consideración de la Corte, que es lo que persigue este proyecto, mediante la posibilidad de negarse a administrar justicia en las cuestiones de escasa gravitación y trascendencia, y aunque ello importa resignar el control de constitucionalidad y el principio de supremacía de la Constitución.

La realidad forense nos muestra que fue la Corte Suprema, como bien lo ha recordado el señor senador Juárez, la que, en salvaguarda de los derechos constitucionales, amplió su competencia con la

apertura de los recursos extraordinarios por arbitrariedad y de cuestiones que revisten gravedad institucional.

Esa creación pretoriana fue impuesta precisamente en salvaguarda del principio de supremacía de la Constitución en hipótesis que no habían sido previstas en la ley 48, que regla el recurso extraordinario.

Merced a esa creación espontánea, la Corte amplió el ámbito de la administración de justicia a cuestiones que no estaba obligada a abordar. De tal manera, dio luz a numerosos precedentes que permitieron la consolidación de nuevas garantías que posteriormente tuvieron consagración legislativa, como el famoso recurso de amparo.

En el citado debate del año 64 expresé, con referencia al sistema judicial de los Estados Unidos y al *certiorari* que, sustancialmente, algo similar ocurre en nuestro país con los llamados recursos de hecho, cuya elucidación y fallo resultan un trámite, quizás tan sumario como el que se requiere en Estados Unidos para desechar una causa.

Tanto aquí como allá existe un trámite muy similar entre el recurso de hecho y el *writ of certiorari* de los Estados Unidos [...] En este caso, al desechar el tribunal el writ, no emite fallo, pero igualmente ese acto implica una decisión que conlleva una pérdida de tiempo y la distracción de la atención del tribunal, todo lo cual recarga su trabado, aunque no figure en su estadística de casos fallados.

Por otra parte, respecto del tribunal de los Estados Unidos cabe destacar que, habiendo conformidad de cuatro de los miembros de la Corte, ésta debe abocarse al conocimiento del asunto que fue planteado en el ‘*writ of certiorari*’. Esto lo dije en 1964 y lo repito ahora. Repito: considero que la competencia de la Corte Suprema de Justicia está determinada por la Constitución y adecuada por las leyes reglamentarias. Pero la reglamentación, tratándose de cuestiones de naturaleza federal, a mi juicio, no puede desembocar –y llamo la atención de los integrantes de la Cámara respecto de este problema, sobre el cual no muchos han meditado- en una discriminación en la administración de justicia, en la mayor o menor relevancia del caso, cuando en el fondo se trata –cualquiera sea la relevancia- de cuestiones que hacen a la supremacía de la Constitución y a la plena vigencia de las libertades y derechos del hombre. La cuestión no es tener a la Constitución en salvaguarda de los derechos, cuando éstos tienen gran trascendencia o relevancia dentro del concepto subjetivo de la Corte: la Constitución vale para el más pequeño de los casos y para todos, cualquiera sea la trascendencia institucional que se les asigne”.

El senador BRACESCO, que continuó en el uso de la palabra, también se pronunció en contra de la introducción del ‘*certiorari*’, siguiendo similar línea de reflexiones⁷⁰⁸:

⁷⁰⁸ CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, cit., pp. 2645 y ss.

“Nunca vamos a poder tener una Corte que funcione bien si la Constitución no indica claramente que la Corte puede ser dividida en salas especializadas en distintos asuntos. Tampoco va a funcionar bien la Corte si cuenta con escasos recursos que terminan por cercenar los derechos de los habitantes, como muy bien lo planteaba recién el señor senador Aguirre Lanari.

Para la administración de justicia no hay asunto grande ni chico; no hay asunto importante ni insignificante. Lo importante es administrar justicia, y la administración de justicia es lo fundamental dentro del régimen republicano y democrático que tenemos nosotros”.

Finalmente, una mención lateral a la propuesta de reforma del art. 280 del CPCN puede encontrarse en el discurso del senador SOLANAS⁷⁰⁹, quien sólo aludió a la misma como coincidiendo con el proyecto de la Comisión de Reformas de la Ley 48 de 1984, a la que oportunamente nos refiriéramos.

Las citadas intervenciones son todas las que, de alguna u otra manera hicieron referencia al instituto del ‘certiorari’, en la extensa sesión del Senado de la Nación del 28 de septiembre de 1989.

Al día siguiente, el proyecto era remitido a la Cámara de Diputados⁷¹⁰, iniciándose así el tramo final de revisión y aprobación de lo que luego sería la ley 23.774.

6.4) Trámite parlamentario (cont.): Cámara de Diputados.

En la cámara baja, el debate fue más complicado, quedando la maratónica sesión del plenario rodeada de denuncias por violación del reglamento interno, irregularidades que luego fueran llevadas a la justicia como planteos de inconstitucionalidad de la norma, sin éxito.

El proyecto tuvo dictamen conjunto de las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia, del 7 de marzo de 1990; y de la Comisión de Presupuesto y Hacienda, del 15 de marzo de 1990. En ambos casos, los dictámenes de la mayoría propiciaban la aprobación del proyecto que contaba con media sanción del Senado, mientras que los de minoría aconsejaban su rechazo. Las menciones al ‘certiorari’ no abundaron en los informes de comisión, quedando nuevamente la atención de los

⁷⁰⁹ CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, cit., pp. 2654 y ss.

⁷¹⁰ V. comunicación transcrita en CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, 58ª reunión, 9ª sesión extraordinaria, 4 y 5 de abril de 1990, p. 7563.

legisladores captada por la grave iniciativa de ampliar de cinco a nueve el número de jueces de la Corte.

Una mención al objeto de esta investigación puede encontrarse en el informe de minoría de las comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia, suscripta por los diputados opositores CURUCHAGA y AVILA, que -en lo pertinente- apoyaban su discrepancia en argumentos que ya habían sido escuchados en el Senado (básicamente: que la discrecionalidad ya era ejercida pretorianamente por la Corte y que una propuesta del género debía ser acompañada de una reforma más integral que, por ejemplo, analice la creación de un tribunal de casación federal, la incorporación del *per saltum*, etc.):

“[...]

4º En punto a la inclusión del *certiorari* dentro del campo potencial de la Corte Suprema –señor Presidente- tampoco corresponde que la iniciativa cuente con nuestro proyecto. En primer lugar porque la innovación no introduce una gran transformación funcional a los que ya es práctica inveterada en la jurisprudencia de la Corte: decidir con amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los méritos constitucionales que hagan pertinente la revisión, en su sede jurisprudencial, de las causas puestas a su consideración. Por lo demás, también en este punto se debe argumentar que la refirma de las competencias de la Corte merece un tratamiento más integral, en forma conjunta con otras instituciones como la organización de la casación en uestro país, la inclusión también del *per saltum* y otras modificaciones al recurso extraordinario, dirigidas a obtener no sólo un mejoramiento funcional sino un incremento en la protección de los derechos de los ciudadanos [...]⁷¹¹.

Luego de los informes de las citadas comisiones, fueron incorporadas numerosas observaciones total o parcialmente adversas a la iniciativa, presentadas por diputados de diversos bloques⁷¹². Nuevamente el punto central tocado en estos documentos fue la crítica a la ampliación de los jueces la Corte. Sólo en la observación presentada por el diputado socialista ESTÉVEZ BOERO, se advierte, luego de la fundamentación de la repulsa a la modificación estructural de la Corte Suprema, un apoyo explícito a la incorporación del ‘certiorari’:

“[...]

⁷¹¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones*, cit., p. 7566.

⁷¹² V. observaciones de los diputados DALESIO DE VIOLA, FEDERICO CLÉRICI y ZAMORA (p. 7567); LÁZARO (ibíd.); ESTÉVEZ BOERO (pp. 7567-7569); FOLLONI (p. 7569); ARAMOUNI y FERNÁNDEZ DE QUARRACINO (p. 7570); GENTILE (pp. 7571); CAVALLARI (7571).

Merece, en cambio, nuestra aprobación la reforma que introduce el proyecto como párrafo 2 del artículo 280, y 3 del artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, esto es la institución del llamado *writ of certiorari*, cuyo texto recoge casi textualmente el proyecto redactado por la comisión creada por la resolución 772/84 del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación.

Este mecanismo, que tiene en la práctica amplia cabida en los usos reales de la Corte, que le permite en pocas líneas y con fórmulas estereotipadas, filtrar o marginar de la procedencia formal del recurso aquellas situaciones litigiosas que no reúnen las notas habilitantes de una competencia que en sí es extraordinaria y residual (con Morello, [Augusto, *La Corte Suprema en acción*], pág. 497), ha sido también considerado favorablemente por la Corte en la Acordada 44/89 a la que se aludió más arriba, que dijo al respecto [...]”⁷¹³.

La sesión del plenario de la Cámara de Diputados destinada al tratamiento de la reforma, tuvo inicio el día 4 de abril de 1990 y continuó ininterrumpidamente hasta la madrugada del 5 de abril.

La apertura del debate tuvo lugar con las palabras del diputado oficialista YOMA, quien aportó los motivos por los que se impulsara la aprobación del proyecto remitido. Una vez más, el discurso se abocó principalmente al intento de disuadir las sospechas de que el gobierno buscaba con la reforma contar con una corte “amiga”. Sólo una breve reflexión mereció el tema del ‘certiorari’:

“[...] El proyecto de ley en consideración atribuye a la Corte el *writ of certiorari*, mediante el cual podrá desechar aquellas causas que no tengan agravio federal suficiente. Así se establece una mecánica que permitirá una labor más dinámica de la Corte en razón de que los jueces no tendrán necesidad de estudiar, fallar y sustanciar aquellos temas que por su importancia no merezcan el tratamiento del más alto tribunal de la Nación”⁷¹⁴.

El diputado radical VANOSSI, quien académicamente se había ocupado de la problemática del control contitucional, del rol y atribuciones de la Corte Suprema, y había sido autor de un proyecto sobre el tema del ‘certiorari’ (v. *supra*, ap. 3]), continuó en el uso de la palabra. Sabedor de que el tema no era novedoso en la historia legislativa y académica del país, su discurso combinó aspectos técnicos asociados a la reforma, con una prédica política similar a la utilizada por los restantes referentes de la oposición,

⁷¹³ *Id.*, p. 7569.

⁷¹⁴ *Id.*, p. 7573.

denunciando la oculta intencionalidad que orientaba al oficialismo a impulsar la propuesta en esta oportunidad (contar con una Corte que apoye medidas de honda repercusión institucional ya avanzadas para ese momento, como la emergencia económica, la novación forzada de depósitos bancarios, los indultos a criminales condenados por delitos de lesa humanidad, la reforma del estado y privatizaciones, etc.). En dicho contexto, el debate sobre el ‘certiorari’ conservaba un papel meramente accesorio: el que –en las palabras del legislador- correspondería brindarle a un “tornillo”.

“[...] Entonces, si se quieren preservar esos roles o si se quiere evitar la anomia del cuerpo, la solución consiste en procurar el debate de fondo, que quizás esta noche pueda ser insinuado en la discusión en particular al hacerse mención al *certiorari*, aunque no es ello lo que da la pauta cabal de la cuestión. Se trata de un detalle, de una herramienta, de un tornillo o de una pieza de ese juego, pero será el árbol que no nos dejará ver el bosque o un miraje torcido o meramente parcial de una cuestión que tiene perfiles mayores⁷¹⁵.

[...]

¿Qué sentido tiene hablar del *per saltum* o del *certiorari* si no nos ponemos de acuerdo respecto de los roles de la Corte?⁷¹⁶

Luego de varias y extensas exposiciones en las que el tema del ‘certiorari’ no fue siquiera mencionado, habiendo acaparado la atención la discusión sobre la propuesta de modificación del número de integrantes de la Corte, la reforma de los arts. 280 y 285 volvería a ser mencionada en la intervención del diputado GARAY:

“[...] Debo expresar mi discrepancia con la institución del *certiorari* contenida en el proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo, por las siguientes razones. Del modo en que ha sido concebida la reforma del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el *certiorari* violenta el principio de igualdad pues posibilita a la Corte rechazar *in limine* y en forma discrecional los expedientes que lleguen a su poder. En primer lugar, el supremo tribunal, según su sana discreción, con la sola indicación de esta norma podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente. Hasta ahí la cuestión es admisible, pero la otra causal que tiene la conjunción disyuntiva ‘o’ es la que agravia y produce la desigualdad: la reforma que por este proyecto se introduce en el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial expresa: “... o cuando las cuestiones planteadas resultares insustanciales o

⁷¹⁵ *Id.*, p. 7578.

⁷¹⁶ *Id.*, p. 7585.

carentes de trascendencia ...’ Entiendo que no puede quedar librado a la discrecionalidad del magistrado la calificación de trivial o anodina que pueda tener una cuestión, máxime si ésta es federal; ésta es la razón por la que no puede haber disyuntiva.

Por otra parte, para que este rechazo sea procedente no debe tratarse de una cuestión federal porque si lo es no importa su escaso monto, ya que el agravio a la Constitución o a las leyes es una lesión jurídica que debe restituirse; por lo tanto no puede tomarse en cuenta la escasa entidad o lo insustancial de la cuestión cuando el planteo es de constitucionalidad. Este aspecto debe desecharse, pero si se insiste en la redacción actual en su momento solicitaré la modificación pertinente.

Además, el derecho pretoriano de la Corte ha establecido una modalidad de rechazo prácticamente *in limine*; con muy pocos argumentos, con cuatro líneas breves de rechaza un recurso; no obstante ello, prefiero que este recurso siga formando parte del derecho judicial y no que integre el derecho escrito y que se convierta en una regularidad cotidiana que signifique una actitud inconstitucional mediante la cual se priva al justiciable de la garantía constitucional, por más insignificante que ésta sea.

Por otra parte, la Corte ha actuado en otro sentido, porque ha ampliado su competencia en virtud del derecho jurisprudencial cuando ha entendido en cuestiones de arbitrariedad e inclusive en temas menores cuando se presume que existe gravedad inconstitucional.

Con la redacción propuesta vamos a cercenar al justiciable el derecho a reclamar el impero de la Constitución y de las leyes. Cuando algún juez de menor rango las infrinja, aquél tendrá la siguiente alternativa: conformarse con la injusticia en caso de que la cuestión sea insustancial, o acudir sólo si la cuestión es federal y, además, de entidad suficiente.

Deseo responder amablemente a algunas afirmaciones realizadas por quienes apoyan este proyecto. Se hizo referencia a que la Corte Suprema tiene 1.300 expedientes para sentencia. Para el inadvertido, ello puede significar una gran cantidad, pero quienes vivimos en el mundo de la justicia porque ejercimos la profesión de abogados tenemos sobrada conciencia de que un tribunal que sólo tiene 1.300 autos para sentencia es un tribunal de gran celeridad.

Si tomamos especialmente el caso de la Corte advertimos que 1.300 expedientes es el trabajo de prácticamente tres meses, porque el promedio de causas que ingresan es de 400 mensuales. Entonces, no sé de qué celeridad se preocupan los que sostienen ese argumento [...] ⁷¹⁷

El debate seguiría su curso durante altas horas de la madrugada, manteniendo el foco en el *quid* del número de jueces de la Corte y adquiriendo durante ciertos pasajes la tensión propia de la gravedad de la medida que se estaba debatiendo. El tema del ‘certiorari’ mantenía el perfil bajo que VANOSI había anunciado en su discurso. La próxima referencia que tendría en el debate este aspecto de la reforma, provino del

⁷¹⁷ *Id.*, p. 7604

diputado demócrata-cristiano GENTILE, quien al apoyar *in totum* la iniciativa decía respecto del objeto de esta investigación:

“[...] También debemos definirnos acerca de lo que realmente pretendemos con este proyecto de ley: un tribunal constitucional, como existe en otros países de régimen presidencialista, como Chile o Perú; o una Cámara federal de casación como lo prevén el programa del Presidente Menem y la Constitución de 1949. Esto es importante a fin de delimitar en qué manos vamos a dejar cada una de las competencias, lo cual en definitiva sólo se soluciona a través del expediente del *writ of certiorari*, por el que se le otorgan a la Corte amplias facultades para que mediante un procedimiento formulario se puedan denegar sin fundamentos las presentaciones que estima insustanciales o que no tengan suficiente carácter de agravio federal. Este instrumento, que a nuestro juicio debe incorporarse en la legislación, es necesario que sea corregido permitiendo una siscinta y rápida fundamentación a fin de que la sentencia tenga el carácter de tal. Además debe establecerse una serie de principios en virtud de los cuales se excepcione el *writ of certioarari*, dado que cuestiones tales como contradicciones entre la jurisprudencia de distintas cámaras federales de apelación, por ejemplo, no pueden quedar al arbitrio de la Corte.

Aquí también debe incorporarse en parte el *per saltum* por recurso, no por avocamiento, tal como se conversó en las cuestiones especializadas sin que se arribara a una decisión. Me refiero al caso de la anulación de una sentencia por parte de la Corte, que en vez de bajar la cuestión al tribunal inferior resuelve a fin de evitar que problemas humanos, que muchas veces no pueden esperar el trámite de un segundo pleito, sean demorados en su resolución⁷¹⁸.

Al cierre de dicha exposición, siendo las 4.20 horas del 5 de abril y quedando veinte oradores pendientes para exponer, se presentaron diversas mociones de cuarto intermedio, lo que sucitó un arduo debate en el que abundaron planteos reglamentarios y denuncias del oficialismo en el sentido de que el radicalismo buscaba hacer caer la sesión en vísperas de semana santa (lo que, afirmó el jefe del bloque justicialista, diputado MANZANO, dilataría la aprobación del proyecto más de veinte días, cuando, a su juicio, nadie cambiaría de postura en el recinto⁷¹⁹). En medio de las exhortaciones de

⁷¹⁸ *Id.*, p. 7627. La referencia del legislador al *per saltum* como una hipótesis de revocación sin remisión al *a quo* para que emita un nuevo pronunciamiento, constituye una confusión que no se había visto reflejada en los dictámenes en comisión; lo cual es lógico, ya que, además de diferir absolutamente ambos institutos, desde 1863 el art. 16 de la ley 48 prevé la posibilidad de que la Corte Suprema se pronuncie sin reenvío, si encuentra mérito para ello. Por lo que una reforma como la propiciada en esta imprecisa parcela del discurso carecería de utilidad, salvo que se hubiera propuesto que la prohibición de reenvío se imponga como regla, lo que no pareció ser la intención del parlamentario.

⁷¹⁹ “... [H]emos tenido casi diez horas de debate a pesar de que todas las posiciones y todos los votos ya están jugados, puesto que nadie va a modificar su criterio en el recinto” (*Id.*, p. 7630).

La sospecha del diputado MANZANO era fundada. El jefe de la bancada radical, César JAROSAVSKY sugirió con suficiente claridad que de hacerse lugar al cuarto intermedio solicitado, su bloque apelaría a cualquier

uno y otro lado, una irregularidad más grave fue denunciada: se afirmó que mientras se planteaban y debatían estas mociones habían tomado posición en las bancas personas que no eran los diputados electos, sino asesores o integrantes del *staff* legislativo, para procurar mantener el *quorum* de una sesión que perdía eficacia en el filo de la madrugada⁷²⁰. Varios legisladores renunciaron al derecho a expresar su parecer en el recinto, disponiéndose luego que sus apreciaciones quedaran asentadas por escrito en el Diario de Sesiones, junto con los agregados indicados por quienes ya habían hecho uso de la palabra. El debate continuó desordenadamente. Lo avanzado de la hora no daba lugar a discursos técnicamente fundados, por lo que quienes hicieron uso de la palabra se expresaron con absoluta brevedad y, en algún caso, como ocurrió con el diputado ÁVILA GALLO, la desatención general lo llevó a interrumpir su discurso y retirarse del recinto.

En dicho contexto desolador, confirmada la existencia de *quorum* suficiente, se elevó una moción para que se cierre el debate y se pase a la votación. La propuesta fue acogida y el proyecto aprobado en general y en particular. A las 5.28, la sesión finalmente levantada: no quedaban suficientes legisladores para seguir con los restantes temas para los que la sesión había sido convocada.

El 11 de abril el Poder Ejecutivo promulgaba la ley 23.774 por Decreto 670/90, siendo finalmente publicada la norma en el Boltín Oficial del 16 de abril de ese año.

resorte para impedir que la ley sea sancionada, afirmando que sólo habían aportado al *quorum* para la sesión en curso, porque había sido anunciada la presencia del entonces canciller Domingo CAVALLLO para dar explicaciones sobre un tema relevante diverso al proyecto en tratamiento. “Si no se acepta el pedido de cuarto intermedio es porque los señores diputados de la mayoría no tienen la más mínima seguridad de reunir a las tres de la tarde a los diputados necesarios para continuar la sesión ... La Unión Cívica Radical no contribuirá a la formación del quórum para que este proyecto de ley pueda ser sancionado ... [y] va a hacer todo lo que esté a su alcance para impedir la sanción de este proyecto de ley” (Moción de privilegio solicitada por el diputado JAROSLAVSKY, *Id.*, p. 7632).

⁷²⁰ “Considero que hacer sentar en las bancas a personas que no revisten la calidad de legisladores es sí una manera grave de desprestigiar al cuerpo. Si esta es la cuestión que se está suscitando, sería conveniente que quedara en claro, porque a pesar de la hora de la madrugada hay preiodistas que presencian la sesión y deben quedar debidamente expuestos los recursos a los que cada bloque apela para obtener sus propósitos” (intervención del jefe del bloque radical, César JAROSLAVSKY *-id.*, p. 7632). “Que se retiren del recinto quienes no son diputados” (intervención del diputado socialista ESTÉVEZ BOERO *-ibíd-*).

Se trató, cabe decirlo, de la primera señal de alarma sobre una práctica que luego quedara expuesta a la luz pública cuando dos años después, el 26 de marzo de 1992, durante el debate sobre el marco regulatorio del servicio de gas privatizado se registrara la presencia de una serie de colaboradores de diputados que ocupaban su banca para garantizar el *quorum*, uno de los cuales fue fotografiado y entrevistado en el mismo momento, alegando que por razones de salud tuvo que sentarse en la banca del diputado para el que trabajaba. En la jerga pública se dio a conocer el escandaloso episodio como el día del “diputrucho” (v. VIDAL, Armando, *El Congreso en la trampa*, esp. Capítulo: “El poder de la trampa. A la hora de sentarse”, Planeta, 1995, pp. 89-93; *id.*, “El Diputrucho cumple 10 años”, en *Diario Clarín*, edición del 26-II-2002 y “Hoy se cumplen 15 años del diputrucho”, en *Diario Clarín*, edición del 26-III-2007).

6.5) *Conclusiones sobre el debate parlamentario.*

Nos hemos detenido en el desarrollo del trámite parlamentario de la ley 23.774 y en las principales intervenciones vinculadas con el objeto de esta investigación, para justificar adecuadamente ciertas conclusiones relevantes acerca del particular momento político en el que la norma fue sancionada y de la calidad del análisis que el legislador le dio a la principal reforma que la competencia apelada de la Corte ha tenido desde la sanción de la ley 48 (1863), como fue el establecimiento del llamado ‘certiorari’ argentino y la profundización de la jurisdicción discrecional del máximo tribunal.

a) La primera y más obvia conclusión ya fue anticipada: tanto la vocación política de avanzar en esta significativa modificación, como el visceral debate público y legislativo en torno al proyecto, tuvieron como eje central un tema diverso al de la implementación del ‘certiorari’. En efecto, la atención casi exclusiva, tanto del Poder Ejecutivo, como de las diversas bancadas de ambas cámaras del parlamento y de la opinión pública en general, se enfocó en uno de los episodios institucionales más graves de los años ‘90: la ampliación del número de jueces de la Corte Suprema, de cinco a nueve.

b) Otro dato significativo que puede ser extraído del debate parlamentario es el de la fuente utilizada como referencia para la reforma de los artículos 280 y 285 del CPCN. En la totalidad de las intervenciones que se dedicaron con algún detenimiento al tema, las referencias cardinales utilizadas como antecedentes de la modificación propiciada fueron el *writ of certiorari* norteamericano (v. *supra*, capítulo tercero, par. II) y el trabajo de la Comisión de Reformas de la Ley 48 del año 1984 (v. *supra*, ap. 4)].

La primera de las fuentes referidas constituye un lugar común en todo debate sobre la jurisdicción, atribuciones y composición de la Corte Suprema de la Nación, desde sus orígenes hasta la actualidad, aspecto sobre el que ya hemos recalado y retomaremos más adelante. Siendo que, como lo sostuviera Octavio AMADEO, “de todas las especies exóticas importadas de la semillería americana la Corte fue la que mejor arraigó”⁷²¹, la incursión de la Argentina en un sistema de selección cualitativo

⁷²¹ Tal vez, decía AMADEO, eso fue así porque “era sólo aparentemente exótica” (AMADEO, Octavio, *Vidas argentinas*, Ed. La Posta, 1957, p. 202.

similar al que en EEUU predomina desde 1925, no se mostraba como un trasplante riesgoso.

La segunda de las referencias utilizadas por los legisladores (la comisión de 1984), era más tangible y directa. Por un lado, en efecto, la propuesta se asimilaba en mucho al texto sugerido por dicho grupo de notables, por lo que la utilización de aquel antecedente era, en este punto, genuina. Por el otro, la paráfrasis tenía un impacto político subyacente, dado que el trabajo de dicha comisión había sido utilizado en el proyecto de ley del Poder Ejecutivo (de extracción radical) de 1987. Con lo cual era fácil presuponer que este aspecto de la reforma tendría el consenso de ambas fuerzas mayoritarias: el de la Unión Cívica Radical (que antes se apoyara en las sugerencias de la citada comisión de juristas para propiciar la inclusión del *certiorari* y del *per saltum* en nuestro derecho positivo) y la del Justicialismo (que impulsaba en ese entonces la regulación del primero de los citados institutos).

Esta última presuposición, claro está, no era correcta, dado que –como fuera destacado en más de una oportunidad- la oposición se apartó de la iniciativa enfocándose en la problemática de la integración de la Corte, dejando al ‘certiorari’ un papel meramente accesorio

c) Finalmente, un aspecto a considerar especialmente, tiene que ver con la valoración intrínseca que el legislador le dio a la reforma de los artículos 280 y 285 del CPCN.

Además de verse el tema opacado por las razones apuntadas en el inciso “a)”, la casi totalidad de los senadores y diputados que se refirieron al tema del ‘certiorari’, consideraron que la modificación propiciada sólo importaba “legitimar” o “positivizar” una práctica jurisprudencial de la Corte, sin introducir novedad alguna a su respecto.

Tanto quienes apoyaban la reforma como quienes la cuestionaban, hicieron pie en un fenómeno que la doctrina ya había puesto de manifiesto: que, para ese entonces, la Corte desestimaba frecuentemente, en breves líneas, recursos que portaran “cuestiones insustanciaes”, o que se refirieran a “cuestiones de hecho” o “de derecho común, procesal o local”, “ajenas a su competencia recursiva, sin que se demuestre la presencia de una hipótesis excepcional de arbitrariedad”.

Los promotores de la modificación entendieron que, a consecuencia de ello, la reforma sería inocua (se estaría “inventando el paraguas”, siguiendo la coloquial

afirmación del senador JUÁREZ). Los opositores a la misma, como el senador DE LA RÚA, se alzaban contra esta forma de razonar, pero no por considerar que efectivamente la reforma contuviera algo más que la mera legitimación de una praxis carente hasta ese momento de amparo normativo, sino por entender que la aprobación de la iniciativa potenciaría el uso de dichas potestades.

Pese a la discrepancia, ambos (promotores y críticos) partían de la misma premisa: lo que se estaba sancionando no era nada nuevo. En todo caso, siguiendo la visión de DE LA RÚA, la reforma sólo tendría como efecto que la práctica precedente se multiplique cuantitativamente sin ampliarse cualitativamente (en síntesis: gracias a la modificación propiciada se haría más, pero de lo mismo).

No compartimos dicha visión de la reforma, ya que –como luego veremos con más detenimiento- la inserción del criterio de la “trascendencia” de las cuestiones planteadas en el recurso constituyó una auténtica ampliación cualitativa de las potestades de selección del máximo tribunal. Hasta ese momento, el criterio pretoriano al que la Corte acudía, tenía como efecto la desestimación liminar de recursos que –por alguna u otra razón- eran infundados o carecían de los recaudos tradicionales de admisión del embate. Es decir, que se trataba de un filtro (no legislado) de los que hemos denominado “negativos-impropios”: sólo importaba desestimar anticipadamente recursos cuya improcedencia podía ser evaluada *prima facie*, sin necesidad de llegar a un pronunciamiento de mérito que claramente no cambiaría su suerte (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 3). La introducción del parámetro de trascendencia de las cuestiones debatidas, importó la consagración de un mecanismo de selección *stricto sensu*, que permite a la Corte decidir qué casos decidir pudiendo apartarse total o parcialmente de las perspectivas de éxito de la impugnación para admitir los embates deducidos ante sus estrados.

7) Proyectos de derogación y reforma del art. 280 del CPCN (conf. ley 23.774)

Antes de ingresar en el estudio de la dogmática y funcionamiento del ‘certiorari’ en el régimen federal, cabe que hagamos una breve referencia a tres propuestas de reforma al instituto, que no tuvieron acogida. Con ello quedará completado el estudio de los antecedentes parlamentarios de la norma en cuestión.

a) El primer proyecto a considerar, es el de derogación del ‘certiorari’, presentado por los diputados Leopoldo ORQUÍN y Raúl VICCHI (UCR), en el año 1995⁷²².

La iniciativa buscaba retornar a la redacción original de los artículos 280 y 285 del CPCC, suprimiendo con ello todo vestigio del ‘certiorari’. Entendían los legisladores que la reforma, en cinco años de funcionamiento, no había cumplido sus objetivos. Así lo expresaban en los fundamentos del proyecto:

“El presente proyecto de ley tiene por finalidad volver a la redacción de los artículos. 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anterior a la ley 23.774. Es decir, eliminar de la legislación el *writ of certiorari*.

Con la incorporación de este instituto, luego de cinco años de vigencia, no se lograron los fines que se pretendían obtener, y por el contrario ha contribuido a desprestigiar al más alto tribunal del país [...] la Corte no ha visto disminuido su trabajo, ni ha aumentado la rapidez en la emisión de sus fallos.

[...] Si esto es así, ¿qué sentido tendría seguir manteniendo este extraño remedio procesal, que vulnera el sano principio republicano de motivación de las sentencias judiciales? [...]

El rechazo de los recursos y las quejas con la sola invocación del artículo 280 del Código Procesal produce en los litigantes y en los abogados una gran decepción y, lo que es peor, una generalizada sensación de arbitrariedad por parte del más alto tribunal de la Nación.

Si la única razón de ser que podría tener el writ of certiorari es el argumento de la eficacia, y éste, como hemos visto, no se ha logrado, más vale volver cuanto antes al sistema anterior, de dar expresamente las razones de desestimación del recurso más importante de nuestro ordenamiento procesal, cual es el que tiende a velar por el respeto en todo el país de los derechos y garantías constitucionales”.

b) Una segunda iniciativa, presentada en el año 2003⁷²³ por el diputado Manuel BALADRÓN (justicialismo) buscaba encontrar un punto intermedio entre la derogación total del ‘certiorari’ y la conservación del régimen vigente: mantenía el instituto para los recursos de queja (es decir, aquellos que habían sido denegados por el *a quo* y llevados directamente ante la Corte para revisar dicha decisión del inferior) y lo removía para los casos en los que el tribunal concedente hubiera declarado la admisibilidad del recurso

⁷²² Expte. HCD n° 2227-D-1995, publicado en CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, *Trámite parlamentario*, período 1995, n° 72, p. 2901 y ss.

⁷²³ Expte. HCD n° 4581-D-2003, disponible en <http://www.diputados.gov.ar>.

extraordinario, imponiendo incluso en este caso que toda decisión de admisibilidad fuera fundada.

La propuesta estaba redactada del siguiente modo:

“Artículo 1º – Sustitúyase el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente:

Artículo 280: Llamamiento de autos y memoriales: cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte fundará suficientemente la admisión o el rechazo del recurso.

Si se tratare del recurso ordinario del artículo 254, recibido el expediente será puesto en secretaría, notificándose la providencia que así lo ordene personalmente o por cédula.

El apelante deberá presentar memorial dentro del término de diez días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso. Contestado el traslado o transcurrido el plazo para hacerlo se llamará autos. En ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos.

Art. 2º – Sustitúyase el artículo 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente:

Artículo 285: Queja de denegación de recursos ante la Corte Suprema: cuando se dedujere queja por denegación de recursos ante la Corte Suprema, la presentación, debidamente fundada, deberá efectuarse en el plazo que establece el segundo párrafo del artículo 282.

La Corte podrá desestimar la queja sin más trámite, exigir la presentación de copias o, si fuera necesaria, la remisión del expediente.

Si la queja fuera por denegación del recurso extraordinario, la Corte según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas fueren insustanciales o carentes de trascendencia.

Si la queja fuere declarada procedente y se revocare la sentencia, será de aplicación el artículo 16 de la ley 48.

Mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso”.

En la exposición de motivos del proyecto, la aludida diferencia de trato se explicaba básicamente por el hecho de que, de seguirse la iniciativa, siempre el recurrente tendría una respuesta fundada sobre la admisibilidad del recurso: a) en la primera hipótesis, por existir una resolución motivada del *a quo* denegando el recurso, lo que permitiría a la Corte confirmar dicha valoración sin expresión de razones, aplicando el ‘certiorari’ (de este modo, se entendía que no quedaba afectada la garantía del debido proceso ya que en la instancia previa se habían dado las razones para el rechazo); b) en

el caso contrario (concesión del recurso por el *a quo*), la garantía del art. 18 de la Constitución quedaba salvaguardada al imponer a la Corte que toda decisión contraria a la concesión del inferior fuera motivada, dejando sin efecto cualquier resorte discrecional en este ámbito.

c) El tercer proyecto al que haremos referencia, es el presentado por los senadores Ricardo GÓMEZ DIEZ y Perdo SALVATORI en el año 2006, que –también en una línea ecléctica- introducía dos variantes fundamentales al art. 280 del CPCN.

La primera, consistía en exigir una “adecuada fundamentación” como condición para la desestimación del recurso vía ‘certiorari’. La segunda, importaba incorporar en nuestro derecho positivo la “regla de los cuatro” (*rule of four*) vigente en los Estados Unidos como régimen de mayoría especial de admisión (mayoría atenuada respecto de la regla general, que impondría -en una Corte de nueve jueces como la de EEUU o la de la República Argentina hasta ese año- la concurrencia de 5 voluntades)⁷²⁴. De este modo, con que una minoría de cuatro jueces estuviera de acuerdo en oír el caso, por más que los restantes integrantes del tribunal se opusieran a dicho parecer, el recurso debía ser admitido. Finalmente, se limitaba la discrecionalidad de la Corte en la selección de asuntos, al disponerse que cuando el Procurador General dictaminara a favor del recurrente (no se aclaraba si la aprobación de dicho organismo debía ser sobre la admisibilidad o sobre el mérito), la Corte no podría denegar el recurso.

El texto de la iniciativa era el siguiente:

“Art. 280.- Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, invocando esta norma y *con adecuada fundamentación*, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente, *por manifiesta inadmisibilidad* o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. *No procederá el rechazo aludido si cuatro de los jueces que integran el Tribunal se pronuncian por la admisibilidad del recurso extraordinario. Tampoco se lo podrá denegar si la Procuración General se expidiera a favor del recurrente*” (la cursiva es propia).

⁷²⁴ Cabe destacar que el proyecto es del mismo año que la ley 26.183 (2006), por la que el legislador retomó la clásica integración de la Corte de 5 jueces. La idea del proyecto comentado en el texto fue la de transpolar la tradicional “regla de los cuatro” norteamericana, para un tribunal de nueve jueces como era la CSN desde 1990 hasta la ley antes citada.

Desde una perspectiva doctrinaria, la idea había sido defendida por SPOTA, Alberto A., *Recurso extraordinario. Estado y evolución actual de la jurisprudencia*, La Ley, Bs. As., 2001, pp. 47-51.

d) Otra propuesta de reforma de similares alcances había sido presentada ante la cámara alta en el año 2005⁷²⁵ y reeditada en el año 2007⁷²⁶, en ambas oportunidades acompañada de una precisa fundamentación técnica en la que se señalaba tanto la ineficacia del resorte creado en 1990 para remediar el problema de sobrecarga de la Corte, como los peligros que la ausencia de motivación acarrea en el manejo del ‘certiorari’ argentino⁷²⁷.

El proyecto preveía incorporar un nuevo artículo (280 bis) en el CPCN⁷²⁸, para regular el ‘certiorari’, incorporando expresamente la exigencia de motivación y prohibiendo su utilización en materia penal. El texto propuesto era el siguiente:

“Artículo 280 bis. A excepción de las sentencias definitivas y resoluciones equiparables decididas en un proceso penal, la Corte, *en forma fundada y motivada*, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

e) Una nueva propuesta fue introducida en el año 2008 ante la Cámara de Diputados de la Nación⁷²⁹. La iniciativa también contemplaba la exigencia de fundar la desestimación de los recursos vía ‘certiorari’, aunque la reforma sólo alcanzaba a las hipótesis en las que se hubiera planteado alguna disidencia entre los Ministros de la Corte. Es decir que el proyecto tenía alcances más acotados, ya que no imponía con carácter general la carga de motivar la decisión que aplicara el certiorari negativo, sino

⁷²⁵ Expte. 2909/05, proyecto presentado por la senadora Liliana NEGRE DE ALONSO el 7-IX-2005. Perdió estado parlamentario el 28-II-2007.

⁷²⁶ Expte. 353/07, proyecto presentado ante el Senado el 15-III-2007 por los senadores Liliana NEGRE DE ALONSO, Adolfo RODRÍGUEZ SAA y Roberto BASULADO, caducó el 28-II-2009.

⁷²⁷ Pese a que no compartimos la posición desarrollada en los fundamentos del proyecto, cabe destacar la calidad del texto de la exposición de motivos, que configura el mejor de los documentos críticos que se han acompañado en la legislatura para justificar las diversas propuestas de reforma o derogación del ‘certiorari’ vigente en el régimen federal (el mismo puede ser consultado en el sitio web del Senado de la Nación: <http://www.senado.gov.ar/web/proyectos>).

⁷²⁸ En este punto sí se advierte una falencia en la técnica legislativa utilizada, ya que, al incorporar el art. 280 bis, el proyecto no contemplaba la modificación del art. 280 del CPCN para suprimir las referencias relativas al ‘certiorari’ de su texto. Con lo cual quedaban en pie dos normas parcialmente contradictorias.

⁷²⁹ Proyecto de ley tramitado por Expte. 2084-D-2008, presentado por los Diputados Eduardo FELLNER y Luis Francisco CIGOGNA. Publicado en *Trámite Parlamentario*, n° 39 del 07/05/2008 (v. asimismo *on line*: <http://www.diputados.gov.ar>). En los fundamentos de la iniciativa se reconoce su inspiración en una idea del Dr. FERRARI ETCHEBERRY.

exclusivamente cuando existieran distintas visiones entre los integrantes del máximo tribunal acerca de la utilización del art. 280 del CPCN en un caso concreto⁷³⁰.

De haberse acogido la propuesta, el texto de la norma hubiera quedado redactado del siguiente modo modo:

“Art. 280.- Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario [...]

Cunado la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepcion de la causa implicara el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discrecion, y con la sola invocacion de esta norma, podra rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. *Sin embargo, deberán ser fundadas cualquiera de estas circunstancias cuando existieran disidencias*” (énfasis agregado).

f) Una postura directamente abrogatoria del poder de selección por parte de la Corte, puede encontrarse en el proyecto de ley presentado nuevamente por la senadora NEGRE DE ALONSO en el año 2010 ⁷³¹ . Sustentando la iniciativa en la inconstitucionalidad del art. 280 del ordenamiento adjetivo⁷³², la legisladora propuso en

⁷³⁰ En la escueta exposición de motivos del proyecto se señala sobre el punto que “La sana discreción del tribunal en los supuestos reglados no presenta reparo cuando es unánime. Pero no parece prudente que en el caso de existir disidencias, el voto de la mayoría que hace fallo no esté fundado. Es necesario saber que fundamentos llevaron a la mayoría a no admitir una causa que la minoría sí admitió”.

V. un abordaje del problema en doctrina en: OLCESE, Juan María, “La resolución del certiorari ¿Admite la expresión de disidencias?”, en *El Dial.com* DC2C6 (2003).

⁷³¹ Expte. 1495/10, ingresado por Mesa de Entradas del Senado de la Nación el 21-V-2010. El proyecto es una reproducción sustancial del presentado en el año 2008 por dicha legisladora con la adhesión del senador Adolfo RODRÍGUEZ SAA (v. Expte. 1554/08, ingresado el 23-V-2008, caducó al perder estado parlamentario el 28-II-2010 –ambos expedientes pueden ser consultados en: <http://www.senado.gov.ar>-)

⁷³² La idea es expresada por la legisladora en los fundamentos del proyecto, del siguiente modo:

“[...] Así pues, con la simple y sola invocación de la norma, el máximo Tribunal de la Nación puede rechazar el recurso interpuesto, sin requerirse fundamento alguno.

Entendemos que la disposición actual resulta abusiva, arbitraria y que atenta contra derechos y garantías de raigambre constitucional.

Los jueces tienen el deber de impartir justicia y de emitir dictámenes fundados en derecho.

Tal obligación emana de la norma contenida en el inciso 4 del artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dispone que los jueces deben fundar toda sentencia, sea ésta definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, debiendo respetar la jerarquía de las normas y el principio de congruencia.

La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal del Poder Judicial, integrado también por jueces y por ende, sus resoluciones tienen que estar debidamente fundamentadas.

[...] [U]na decisión adoptada por la Suprema Corte no será revisada posteriormente por ningún otro Tribunal, de allí que la necesidad de fundamentación de las resoluciones que del mismo emanen resulta inquestionable.

Si la exigencia de fundar es ley para los jueces de primera y segunda instancia, cuyas resoluciones aún pueden recurrirse, cuanto más lo será para el máximo Tribunal de Justicia del que emanan decisiones irrecurribles. [...]

esta oportunidad suprimir directamente toda manifestación de discrecionalidad en el análisis de admisibilidad del recurso extraordinario, dejando sin efecto la mención de las categorías de “insuficiencia”, “intrascendencia” e “insustancialidad”.

La propuesta de redacción era la siguiente:

“Artículo 280.- Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario [...].

Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. *El rechazo del recurso procederá solamente mediante resolución fundada del Tribunal [...]*”.

Ninguna de estas modificaciones tuvo acogida ni llegó siquiera a ser debatida en sesión plenaria de alguna de las cámaras. Al día de la fecha, todas se encuentran archivadas.

IV. DOGMÁTICA DEL ‘CERTIORARI’ NACIONAL. ANÁLISIS DEL ART. 280 DEL CPCN.

El presente párrafo estará dedicado al estudio del régimen positivo del ‘certiorari’ en el ámbito del recurso extraordinario federal.

Se trata de contenidos centrales de la investigación, que incluyen el estudio del ámbito de aplicación de la norma, de los alcances de la discrecionalidad conferida por el

Creemos que un rechazo de un recurso basado únicamente en la “sana discreción” del Tribunal Superior no le da la transparencia y credibilidad que el mismo debería tener, por cuanto carecemos de parámetro objetivo para medir dicha facultad discrecional.

Prima facie, no nos satisface que un recurso pueda sostenerse exclusivamente en la discreción del juez o tribunal del que emanó.

Justamente porque le faltará aquello que todo dictamen debe tener, esto es, su fundamento en derecho.

Desde otra óptica, en su redacción actual, la norma faculta a la Corte a rechazar un recurso cuando no reviste agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Consideramos importante advertir que la misma normativa por un lado faculta a la Corte a rechazar sin fundamento un recurso, según su sana discreción y además agrega que tal rechazo puede proceder cuando no existe agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Corresponde entonces que nos interroguemos seriamente cómo se arriba a la conclusión de que la cuestión no reviste agravio federal suficiente o si resulta intrascendente, por cuanto la invocación de tales extremos merecen mínimamente una argumentación fundada.

Concluimos seguidamente que, en este aspecto precedentemente enunciado, se advierte una firme contradicción en la redacción actual del artículo 280; o bien la Corte rechaza sin fundamento y según su sana discreción o bien funda un rechazo con sustento en los extremos fijados por la norma.

En la redacción propuesta por la presente reforma, ninguna duda al respecto podrá haber por cuanto la Corte deberá, como todos los jueces, fundar sus resoluciones, sean de acogida o de rechazo, respetando la jerarquía de las normas vigentes y guardando el principio de congruencia”.

citado precepto a la Corte Suprema, del problema de la motivación, de la posibilidad de extender analógicamente el precepto para avalar el llamado ‘certiorari’ positivo, etc.

Un punto fundamental para esta investigación será el examen de las causales de aplicación de este instituto, indagando en el sentido que cabe asignar a los conceptos jurídicos indeterminados incluidos en el elenco del art. 280 del CPCN. En particular, se profundizará sobre lo que a nuestro juicio, constituyen los dos temas centrales del sistema de selección ideado en el régimen federal, en los que se advierte con mayor claridad la intensidad de las potestades de selección de la Corte. En este orden de consideraciones, resulta fundamental examinar: i) los parámetros que permiten calificar a un caso como “trascendente”; y ii) la determinación de las pautas que autorizan al máximo tribunal a admitir discrecionalmente el tratamiento de cuestiones “intrascendentes”.

Tales interrogantes demandarán un estudio exhaustivo que recale en ejes basilares de la problemática del recurso extraordinario, como es el papel institucional de la Corte Suprema en nuestro régimen de gobierno o la dinámica interna de actuación de dicho cuerpo. De este modo, se evitará caer en la tentación inicial (de efectos verdaderamente paralizantes) de creer que una norma como el art. 280 del ordenamiento procesal civil, autoriza al cimerpo cuerpo a “hacer lo que quiera”.

1) Ámbito de aplicación: competencia recursiva extraordinaria (no para el recurso ordinario de apelación ante la CSN).

El art. 280 del CPCN, al consagrar el instituto del ‘certiorari’ como instrumento de selección en cabeza de la Corte Suprema, sólo se refiere a una de las vías que componen su competencia apelada: el recurso extraordinario.

La norma introduce explícitamente dicha mención: “La Corte, según su sana discreción ... podrá rechazar el recurso *extraordinario* ...”.

La referencia no parece producto de la casualidad o de la imprevisión, ya que el precepto mismo está dividido en dos, refiriéndose la segunda parte al trámite recurso ordinario: “Si se tratare del recurso ordinario del artículo 254, recibido el expediente será puesto en secretaría ...”. Puede entonces conjeturarse que, si el legislador hubiera querido también instituir el ‘certiorari’ en este ámbito, lo hubiera aclarado

expresamente. No habiéndolo hecho, el recurso ordinario de apelación ante la Corte se mantiene en nuestro medio como una vía impugnativa “reglada” (no discrecional).

Pese a la claridad de la norma analizada, el debate sobre la posibilidad de extender la aplicación del ‘certiorari’ al ámbito del recurso ordinario fue planteado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Corte⁷³³.

La discusión se intensificó durante la época en la que este medio de embate afectaba seriamente las posibilidades funcionales de la Corte, a consecuencia de la insólita extensión del mismo, provocada por la reforma del art. 19 de la ley 24.463, a la que ya nos hemos referido (v. *supra* capítulo segundo, par. II). Antes de que dicho precepto sea directamente declarado inconstitucional por la Corte, en la causa “Itzcovich” (2005), el Dr. Boggiano había expresado en reiteradas oportunidades (en minoría) que, frente a dicho cuadro de situación, correspondía aplicar analógicamente el ‘certiorari’ también en este ámbito. Utilizó a tales efectos resortes de interpretación analógica y a ‘*a fortiori*’, argumentos de eficiencia (evitar la evidente sobrecarga que provocaba la admisión reglada y sin *suma gravaminis* de todo recurso ordinario previsional), llegando incluso a acudir a la doctrina de los “poderes implícitos” de la Corte:

“[...] 5º) Que si se habilita la citada posibilidad en el caso del recurso extraordinario, instituido como el instrumento genérico de la función jurisdiccional más alta de esta Corte, resulta razonable extender la aplicación del criterio selectivo al ámbito de los recursos ordinarios de apelación ante la Corte.

6º) Que, para adoptar tal temperamento, median las mismas razones que condujeron al legislador a sancionar la reforma introducida por la ley 23.774 a los arts. 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en particular, el elevado número de causas que llegan a la Corte, así como la posibilidad de facilitar el estudio apropiado de aquellas en las que se ventilan cuestiones de trascendencia, a fin de que el Tribunal pueda centrar su tarea y atención en los asuntos que pongan en juego su relevante función institucional.

7º) Que, por lo expuesto, esta Corte se ve nuevamente en el ineludible deber de poner en ejercicio los poderes implícitos que hacen a la salvaguarda de la eficacia de la función judicial y que, como órgano supremo y cabeza de uno de los poderes del Estado, le son inherentes para cumplir con lo

⁷³³ V. HÉRCULES, “Aplicación del certiorari en el ámbito del recurso ‘ordinario’ de apelación ante la Corte Suprema”, en JA 2002-IV-735; LEGARRE, Santiago, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, pp. 93-94; *ídem*, “Una puesta al día en materia de ‘certiorari’”, en LL 2004-A-1267, esp. par. VI.

dispuesto por los arts. 75, inc. 12 y 116 de la Constitución Nacional (Fallos: 300:1282 y 301:205), aplicando, por analogía, la facultad discrecional de rechazar el recurso ordinario de apelación previsto por el art. 24, inc. 6° del decreto-ley 1285/58⁷³⁴.

Finalmente, como fuera explicado, la solución al problema del irrazonable sobredimensionamiento del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema en materia previsional, tuvo lugar por un camino diverso a la dilatación de los confines del ‘certiorari’: la declaración de inconstitucionalidad del art. 19 de la ley 24.463.

Por lo que, hasta que una reforma legislativa no extienda la primera parte del art. 280 del CPCN a dicha vía de apelación ordinaria, la Corte Suprema carece, en este campo, de las potestades de selección acordadas respecto del recurso extraordinario⁷³⁵.

2) Alcances de la ‘discrecionalidad’ conferida por el art. 280 del CPCN a la Corte Suprema.

2.1) Introducción

⁷³⁴ V. CSN, “Fallos” 320:2336, “Aguilar” [1997]. Criterio mantenido en “Fallos” 323:2131, 3009, 3130, 3303 [2000]; 325:1395 [2002], 327:4873 y 6084 [2004] (en todos los casos: disidencia del Dr. BOGGIANO).

⁷³⁵ Cabe aclarar que en más de una oportunidad la Corte Suprema desestima recursos ordinarios insuficientemente fundados, con cita del art. 280 del CPCN. Se trata de asuntos en los que, como sucede habitualmente ante las Cámaras de Apelación, se verifica que el embate carece de una crítica concreta y razonada de los fundamentos relevantes del fallo en crisis. Si bien esta variante de desestimación podría ser confundida con la causal de “insuficiencia” que habilita la aplicación del certiorari en sede extraordinaria, el uso que la Corte hace del art. 280 en este supuesto se asocia a la segunda parte del precepto, que regula – como vimos en el texto- el trámite del recurso ordinario de apelación una vez que la causa arriba ante el máximo tribunal. En tal sentido, reza la norma: “El apelante deberá presentar memorial dentro del término de diez días, del que se dará traslado a la otra parte por el mismo plazo. *La falta de presentación del memorial o su insuficiencia traerá aparejada la deserción del recurso*”.

Es decir, que la reiterada utilización del art. 280 del CPCN para declarar desiertos recursos ordinarios, frente a la ausencia o insuficiencia de la pieza fundante de la impugnación, no importa sostener la aplicación del ‘certiorari’ en este ámbito. Ello queda además evidenciado si se coteja la motivación que generalmente acompaña a esta clase de decisiones, que, además de ser frecuentemente más amplia que la empleada en el ámbito del ‘certiorari’, contiene la aclaración de que es la segunda parte del citado precepto la que se aplica en la especie (v., por ej., CSN, causas Y. 2. XXV, “Y.P.F. c/ Empresa Olmatic S.A.”, sent. del 20-XII- 1994; íd., D.590.XLIV., “Dragados y Obras Portuarias S.A. c/ DGP”, entre otros). Transcribiremos el considerando pertinente del último de los precedentes citados, para que pueda advertirse la diferente motivación aplicada a este tipo de decisiones:

“Que por lo tanto, al no resultar suficientes las razones expresadas en el memorial de agravios de fs. 467/474 vta. para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados por el a quo para llegar a la conclusión a la que se hizo referencia, el recurso deducido por el organismo recaudador debe ser declarado desierto (art. 280, segundo párrafo, del Código Procesal civil y Comercial de la Nación y Fallos: 304:1444; 308:818 y 317:1365), toda vez que, de tal manera, queda en pie un fundamento que -como surge de los términos de la sentencia apelada- por sí solo da sustento a la decisión que motiva los agravios sin que, por lo tanto, resulte conducente el examen de las restantes cuestiones planteadas por esa parte” (CSN, “Dragados y Obras Portuarias S.A.”, cit., consid. 9°).

Al desarrollar los aspectos generales de los mecanismos de selección o filtro para el acceso a los superiores tribunales, nos detuvimos en la siempre compleja distinción entre actividad discrecional e interpretación de conceptos jurídicos indeterminados (v. *supra*, capítulo segundo, par. IV). Lo allí expresado tiene directa utilidad para entender las siguientes reflexiones, por lo que cabe remitir a tales premisas como punto de partida necesario para comprender adecuadamente la temática desarrollada en este párrafo.

Desde dicho atalaya, se examinarán en el presente apartado los alcances del poder de selección de la Corte Suprema, intentando descifrar, en primer lugar, si la atribución concedida en el art. 280 del CPCN es plenamente discrecional o si, por el contrario, lo es sólo en parte; y, en segundo término, si en la parcela discrecional propiamente dicha, es sólo el “paladar” del máximo tribunal el que puede definir la preferencia de un caso sobre otro o si, en cambio, la libertad de elección es acotada y sólo es “sana” cuando *adopta y respeta* criterios adecuados de distinción.

2.2) *La discrecionalidad parcial del art. 280 del CPCN.*

Como ha sido adelantado, el precepto examinado prevé expresamente el *carácter discrecional* de la potestad allí reconocida para la *desestimación* de recursos que carecen de agravios federales suficientes o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Así se lo señala en el precepto aludido, al establecer que la Corte, “*según su sana discreción*”, *podrá* acudir a este instrumento para *rechazar* los recursos extraordinarios en tales condiciones.

La lectura de las expresiones allí contenidas nos persuade de que *el art. 280 del CPCN sólo parcialmente transformó en discrecional a la jurisdicción apelada del máximo tribunal federal*, ya que, en puridad, dicho cuerpo cimero no podría denegar por vía de ‘certiorari’ casos trascendentes alegando motivos de oportunidad o conveniencia autoproclamados, sino que, por el contrario, está sólo facultado para utilizar dicha herramienta a efectos de admitir o desestimar asuntos irrelevantes con la sola cita del precepto aludido.

Lejos de tratarse de un juego de palabras, lo expresado importa una definición fundamental acerca de los alcances de la discrecionalidad que el citado dispositivo legal ha consagrado en cabeza de la Corte, como intentaremos explicar a continuación.

Siguiendo las precisiones formuladas en el apartado anterior respecto de la *distinción* entre el *ejercicio de poderes discrecionales* y la *interpretación de conceptos jurídicos indeterminados* (v. *supra*, capítulo segundo, par. IV), entendemos que *el art. 280 del CPCN comprende ambos tipos de actividad* como atribución del alto cuerpo. Es decir, que en parte le reconoce una potestad de “selección” propiamente dicha (decidir qué casos decidir según criterios de valoración primarios autoproclamados) y, en otra, le impone una típica función hermenéutica, consistente en encontrar el sentido justo a una expresión de textura abierta (fundamentalmente, la noción de “trascendencia”).

Ello así, dado que, a diferencia de algunos textos pergeñados con anterioridad a la ley 23.774 para instaurar esta generosa atribución en cabeza de la Corte⁷³⁶, la norma vigente (art. 280, CPCN), *pese a erigir a la trascendencia como una condición de admisibilidad del recurso extraordinario, autoriza a la Corte a suplir discrecionalmente la ausencia de dicha cualidad.*

En otras palabras: frente a un asunto que cuenta con pertinencia institucional y repercusión general, el recurso deberá ser abordado (obviamente, si se cumplen las restantes condiciones de admisibilidad del embate); no obstante, la ausencia de dichas cualidades (especialmente de la segunda, como veremos) es excusable, ya que -según la recta potestad de valoración reconocida al máximo tribunal- un embate intrascendente puede de todos modos ser admitido. Por ende, *ante tópicos relevantes, dicho cuerpo no tiene una potestad de selección propiamente dicha, sino la responsabilidad de interpretar un concepto jurídico flexible, mientras que frente a cuestiones intrascendentes, la Corte “podrá” decidir, según su sana discreción, conocer o no del embate*⁷³⁷.

⁷³⁶ V., por ejemplo, el proyecto del senador LÓPEZ SERROT, recordado *supra* (ap. III.2), en el que se proponía agregar al art. 14 de la ley 48, el siguiente apartado final: “Pero la apelación *sólo será otorgada cuando resulte de los autos que la consideración de los agravios en que el recurso se funde tenga alcance institucional que exceda el mero interés personal del apelante*”.

La diferencia es más importante de lo que parece, ya que -como lo adelantáramos oportunamente y será precisado a continuación- no es lo mismo colocar a la trascendencia de las cuestiones como condición reglada de admisibilidad del recurso, que autorizar a la Corte para desestimar según su sana discreción impugnaciones privadas de dicha relevancia. En el primer caso, sustentado en el proyecto LÓPEZ SERROT, el control de admisibilidad cualitativo (es decir, basado en la noción de trascendencia de las cuestiones articuladas) de alguna manera se simplifica, ya que sólo corresponde en cada caso verificar si el caso es o no importante. En el primer caso se admite, en el segundo se desestima. El modelo del art. 280 del CPCN, según veremos a continuación, es parcialmente diverso al añadir un paso más en el examen de marras: la posibilidad discrecional de admitir un asunto privado de repercusión general.

⁷³⁷ La posición ha sido sostenida por SAGÜÉS, cuando afirma que la atribución del art. 280 del CPCN importa el “derecho de seleccionar los expedientes a decidir, entre los recursos ‘intrascendentes’ (los que cuentan con trascendencia *deben* ser obligatoriamente resueltos por el tribunal)”. Agregando: “si un recurso extraordinario contiene temas sin trascendencia, la Corte Suprema está habilitada para descartarlo sin fundamentación explícita [...]; pero puede conocer en él, y resolverlo, aunque el tema en discusión carezca de trascendencia [...]. Esto es así porque el nuevo art. 280 (y su correlativo art. 285 del Cód. Procesal), no exigen

La sutil pero efectiva diferencia entre ambas formas de regular el instituto, puede advertirse desandando la tarea que, en términos ideales (aunque intencionalmente simplificados por razones expositivas), debería concretar la Corte al decidir ingresar o no en un caso determinado. Veamos.

Si la norma fijara, como *condición de admisibilidad inexcusable* del recurso extraordinario, que las cuestiones abordadas en el mismo fueran “trascendentes”, el alto cuerpo sólo tendría ante sí un problema de interpretación y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. No se trataría de potestades discrecionales propiamente dichas. En otras palabras, la tarea a desarrollar sería análoga a la que concreta cualquier tribunal para juzgar, por ejemplo, si en un caso determinado está dada la “utilidad pública” que condiciona el poder expropiatorio del estado, o la “buena fe” a la que alude el art. 1198 del Código Civil, o la pluralidad “relevante” de afectados que autoriza a tramitar una controversia a través de un proceso colectivo⁷³⁸.

Por ende, en tal hipótesis (reiteramos: si la “trascendencia” fuera un requisito *inexcusable* de admisibilidad del remedio analizado) la labor de la Corte consistiría en: i) definir parámetros eficaces para juzgar con carácter general la relevancia de un caso para ser digno de su atención; ii) analizar si los planteos llevados a sus estrados en cada caso concreto cumplen con dicha condición; iii) de este modo, si la respuesta fuese positiva, el recurso debería ser concedido; mientras que si fuera negativa, correspondería su desestimación⁷³⁹.

que la trascendencia sea un presupuesto de admisibilidad o de procedencia del recurso extraordinario federal. Si una apelación extraordinaria involucra un tema intrascendente, la Corte Suprema podrá, pues, conocer o no en ella” (SAGÜÉS, Nestor P., “El ‘writ of certiorari’ argentino”, en LL 1990-C-717, esp. p. 718 y 721; en similar sentido: v. GUASTAVINO, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Roca, Bs. As., 1992, t. I, p. 488; SABELLI, Héctor, “El rechazo sin motivación del recurso extraordinario ...”, cit., p. 1346-1347; GOZAINI, Osvaldo, “La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada CS 4/2007, en LL del 5 de mayo de 2010, pp. 1-5, esp. p. 2).

⁷³⁸ La expresión “pluralidad relevante de personas” como recaudo para la configuración de un derecho de incidencia colectiva que sea tutelable a través de un proceso grupal, puede verse explicitada como condición de admisibilidad de este tipo de acciones en el conocido caso “Halabi” de la Corte Suprema de la Nación (CSN, “Fallos” 332:111 [2009], consid. 13º: “El primer elemento [para la procedencia de las acciones colectivas en defensa de derechos individuales homogéneos] es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una *pluralidad relevante* de derechos individuales”). Hemos desarrollado esta materia, que claramente desborda los límites de este trabajo, en GIANNINI, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Platense, La Plata, 2007.

⁷³⁹ Lo expresado en el texto no debe ser leído como una simplificación indebida del delicado problema de la interpretación de los conceptos jurídicos indeterminados. Lo que se pretende resaltar es la diferencia fundamental que presenta esta variante hermenéutica, frente a la que se desarrolla en el ejercicio de potestades discrecionales propiamente dichas. Para ello, hemos reducido al mínimo los pasos del fenómeno sentencial, para identificar aquellos capítulos centrales en los que se advierte dicha distinción, sin querer con

Algo distinto pasa con el modo en que ha quedado regulado el resorte examinado en el art. 280 del CPCN (conf. ley 23.774). Como fuera anticipado, esta norma autoriza a la Corte a desestimar, según su “sana discreción”, recursos en los que se plantean cuestiones intrascendentes.

Con un patrón de razonamiento similar al recién utilizado, pueden sintetizarse los pasos que la Corte debería seguir, de acuerdo con el texto vigente, al momento de decidir acerca de la aplicación del ‘certiorari’ en un caso determinado. Al afrontar esa tarea, el máximo tribunal debería: i) definir parámetros eficaces para juzgar con carácter general la relevancia de un caso para ser digno de su atención; ii) analizar si los planteos llevados a sus estrados en cada caso concreto cumplen con dicha condición; iii) si la respuesta fuese positiva, el recurso debería ser concedido; mientras que *si fuera negativa, la Corte tendría la potestad discrecional de admitir o no el embate.*

Como puede advertirse, la diferencia radical entre un sistema que consagre a la trascendencia como valladar inexcusable del recurso extraordinario y el previsto en el art. 280 del CPCN, recae en la última fase de la actividad decisoria del alto cuerpo. En el primer caso no hay discrecionalidad propiamente dicha sino interpretación de expresiones de alcances especialmente flexibles como la “trascendencia” de un asunto, mientras que en el segundo sí hay actividad discrecional, aunque sólo respecto de una fase de la actividad decisoria (la admisión o no de asuntos intrascendentes).

En síntesis, la solución adoptada por la letra del art. 280 del CPCN no importó erigir a la “trascendencia” de las cuestiones planteadas como condición cualitativa única e inexcusable para jugar la admisibilidad de un recurso extraordinario. Tampoco implicó consagrar un esquema de admisión puramente discrecional, ya que sólo para los casos “intrascendentes” se contempla que la Corte, utilizando con prudencia criterios autoproclamados, pueda: ora desestimar dichos embates sin más fundamento que la prevista en dicha norma, ora admitirlos, en la medida en que se den los demás recaudos formales de esta vía de impugnación⁷⁴⁰.

ello reducir a un silogismo, la compleja tarea dialéctica que afronta la judicatura al dirimir cuestiones de este tipo.

⁷⁴⁰ La última parcela de la afirmación, por la que se señala que el art. 280 del CPCN autoriza a la Corte a admitir recursos intrascendentes *en la medida de que estén presentes los demás requisitos del remedio previsto en el art. 14 de la ley 48*, depende de la interpretación que se adopte respecto de la incorporación del llamado “certiorari positivo” en el diseño de la primera de las normas citadas, tema que abordaremos *infra* (par. IV, ap. 6).

Compartimos la opinión de SAGÜÉS, quien *-de lege ferenda-* destaca la conveniencia de haber regulado la relevancia de los tópicos llevados a los estrados del máximo tribunal como un verdadero requisito para admitir un recurso extraordinario, insusceptible de ser exceptuado discrecionalmente: “Lo correcto –afirma el autor rosarino- hubiera sido exigir ‘trascendencia’ en todo recurso extraordinario, como presupuesto de su admisibilidad” (agregamos: *inexcusable*⁷⁴¹).

En efecto, en tales condiciones, la discusión sobre el uso de la discrecionalidad por el alto cuerpo, cedería paso y el debate en torno a las potestades de “selección” de dicho órgano se centraría en la tarea –no menos ardua, pero más fructífera- de interpretar qué debe entenderse por cuestión “trascendente” a los efectos del recurso extraordinario.

Así, si pudieran definirse las notas que caracterizan a esa categoría de asuntos (trascendentes), sólo restaría examinar en cada controversia la presencia o no de las mismas, para *pronosticar, determinar y controlar* la admisibilidad de esta clase de remedios. Lo primero, por el recurrente; lo segundo, por la Corte misma; y lo tercero, por parte de la comunidad, dotada de una herramienta de control político *ex post facto* para juzgar si ha sido razonable el ejercicio de dicha autoridad.

Pero como a la tarea de interpretar jurídicamente el concepto de “trascendencia”, el art. 280 del ordenamiento adjetivo federal adicionó una atribución de diversa naturaleza, como es la habilitación de un poder “discrecional” para admitir un embate pese a su irrelevancia, los alcances de dicha potestad de selección se oscurecen y se muestran más proclives a favorecer una arbitrariedad difícil de inspeccionar.

2.3) *La interpretación explicitada en algunos precedentes de la CSJN. El presunto carácter “imperativo” del recaudo de trascendencia (“deber” de desestimar asuntos intrascendentes).*

En el apartado anterior hemos intentado aclarar que, lo que comúnmente se describe como la consagración de una potestad discrecional en cabeza de la Corte

⁷⁴¹ Como lo explicaremos más adelante (v. *infra*, par. IV, ap. 4)), a nuestro juicio (en esto discrepamos con el prestigioso autor santafesino), el hecho de que la Corte pueda sortear discrecionalmente un recaudo de admisibilidad no altera su naturaleza. Es decir, que aun en el texto vigente del art. 280 del CPCN, la trascendencia constituye un requisito para abrir la competencia apelada del órgano jurisdiccional supremo, por más que en ciertas ocasiones el alto cuerpo pueda hacer excepción al mismo, según su “sana discreción”.

Suprema, constituye en realidad una *atribución dual*: *en parte* impone la *interpretación jurídica de conceptos jurídicos indeterminados* como es la “trascendencia” de una cuestión, *en parte* reconoce un *poder propiamente discrecional* para admitir remedios extraordinarios irrelevantes.

Es decir, sintetizando quizás demasiado el discurso precedente, que ante un caso trascendente la CSN “debe” conocer en el asunto, mientras que frente a temas intrascendentes “puede” admitir o no admitir el embate, según su sana discreción.

Pese a dicha postura, derivada de la exégesis más apegada al texto del art. 280 del ordenamiento adjetivo, algunos precedentes del Tribunal cimero parecen tomar un camino diverso, transformando a la trascendencia, a los efectos prácticos, en un requisito de admisibilidad inexcusable del remedio federal. Dicha transformación, que de confirmarse desmentiría la tesis que hemos sostenido en el apartado previo, queda plasmada en los pasajes en los que la Corte *afirma que constituye un “imperativo” rechazar embates carentes de trascendencia y no ya un mero atributo discrecional* de su competencia apelada.

En tal sentido, encontramos en diversos extractos de la jurisprudencia de dicho cuerpo⁷⁴², la afirmación de que: “pese al aparente carácter potestativo de la norma cuestionada, que impone a la Corte el deber de seleccionar ‘según su sana discreción’, las causas en que conocerá por recurso extraordinario, la obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad, *torna imperativo desatender los planteos de cuestiones, aun federales, carentes de trascendencia*” (énfasis agregado).

Así, entonces, parecería que frente a un caso intrascendente, la Corte, según su propia hermenéutica, no tendría la posibilidad de juzgar de todos modos el mérito de la controversia, sino que “debería” negarse a entender en el asunto, bajándole simplemente el pulgar y sellando su suerte final.

Se trata de una interpretación que ha sido calificada de “mutativa”⁷⁴³, teniendo en cuenta que –como vimos– el texto de la norma le confiere a la Corte la posibilidad de

⁷⁴² V. “Fallos” 316:64 (voto de los Dres. BARRA, BELLUSCIO y BOGGIANO); 315:1314 (voto de los Dres. LEVENE [h] y BOGGIANO) y votos de este último en “Fallos” 2056; 316:1141 y 1213; 322:3217. Más recientemente, la CSJN ha sostenido por mayoría dicho criterio a partir de la causa “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c/ Set Sociedad Anónima” (“Fallos” 322:3217 [1999]), parecer seguido en “Fallos” 323:86 [2000]).

⁷⁴³ Así la califica SABELLI, Héctor, “El rechazo sin motivación del recurso extraordinario ...”, cit., p. 1346.

expedirse en casos intrascendentes, si encuentra mérito para ello según su sana discreción.

Si la postura de la Corte así exteriorizada, hubiera importado una definición consciente y reflexiva sobre la naturaleza de las atribuciones que le confiere el art. 280 del CPCN (cerrando así toda posibilidad de admitir un asunto carente de repercusión general), la crítica aludida sería indudablemente fundada. De todos modos, entendemos que una lectura diversa de dichos precedentes es posible.

Cuando la Corte considera prescriptivo dejar fuera de su competencia temas irrelevantes, lo hace no tanto para modificar la calidad discrecional de su poder de selección, sino para explicar que, de otro modo, no sería posible el adecuado cumplimiento de sus cometidos institucionales. Es a ello a lo que se refiere cuando expresa que “la obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad, torna *imperativo* desatender los planteos de cuestiones, aun federales, carentes de trascendencia”.

El “imperativo” al que se refiere la doctrina jurisprudencial citada es práctico y no legal⁷⁴⁴; es decir, que equivale a “imperioso” o “necesario para”. No es entonces que la Corte haya querido señalar que el art. 280 del ordenamiento adjetivo, en vez de conferir a dicho tribunal la potestad “discrecional” de conocer o no en asuntos privados de trascendencia, le “impone” cerrar su competencia a los mismos. Lo que, a nuestro juicio, el alto cuerpo ha buscado expresar es que, en ejercicio de la discrecionalidad que el legislador le atribuye, *ha decidido no tratar temas irrelevantes*, dado que, de lo contrario, quedaría probablemente sepultada su posibilidad de ejercer adecuadamente la más alta función que el ordenamiento le confiere en temas relevantes. Es dicha realidad la que le *impone* descartar asuntos baladíes y no una interpretación “mutativa” del art. 280 del CPCN.

La misma dinámica funcional del alto cuerpo confirma ese aserto. Apenas se penetra en su jurisprudencia y se advierte que una importante cantidad de asuntos

⁷⁴⁴ En similar línea se pronuncian BIANCHI y LEGARRE, quienes, luego de advertir que la formulación referida en el texto que pareciera constituir una mutación interpretativa, destacan: “El argumento esgrimido tiene razonabilidad. El tribunal debe reservar su actividad jurisdiccional para los casos importantes pues de lo contrario le resultaría en la práctica imposible resolverlos adecuadamente. *Parece una necesidad impuesta por los hechos*” (BIANCHI - LEGARRE, “El ‘certiorari’ en acción [Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia]”, cit., ap. III; en igual sentido, LEGARRE, Santiago, *El requisito de trascendencia en el recurso extraordinario*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1994, p. 17).

admitidos para una resolución de mérito, se refieren a cuestiones carentes repercusión general⁷⁴⁵, queda claro que –salvo que se presuma la incongruencia de la Corte con sus propios dichos- dicho cuerpo entiende que ciertos temas intrascendentes pueden superar el valladar del art. 280 del CPCN.

Dicha línea jurisprudencial confirma que, también a juicio del máximo tribunal, el citado precepto no le *impone* desestimar los asuntos privados de trascendencia, sino que le *permite* descartarlos o conocer en ellos, según su sana discreción. Son entonces imperativos prácticos (preservar la viabilidad de su agenda), los que le exigen ejercitar dicha potestad excepcionalmente.

2.5) *La “sana” discreción de la Corte. Respeto a los principios de igualdad y transparencia (remisión).*

Como fuera señalado oportunamente (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 4), una condición fundamental que debe satisfacer la Corte al poner en práctica la potestad que le reconoce el art. 280 del CPCN, es respetar el principio de igualdad (arts. 16 de la Carta Magna, 1.1 y 24, Convención Americana de Derechos Humanos; 2.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁷⁴⁵ Podemos citar, a título meramente ejemplificativo, algunos pronunciamientos recientes de los que se puede advertir la admisión, por parte de la Corte, de asuntos en los que predomina la tutela del *ius litigatoris* y en los que la doctrina del fallo no parece impactar más allá del interés directo de las partes del pleito. V., entre otros, CSN causa M. 241 y 360. XLV, “Mercado, Florentino c/ ENTEL Residual”, sent. del 13-III-2012 (revocando la sentencia que había mantenido los astreintes oportunamente impuestos a una empresa estatal de servicios públicos, omitiendo considerar los argumentos alegados por la condenada, acerca de las razones por las que incumplió con la manda judicial); *id.* causa S.835.XLV, “Saldaña, Ricardo Roberto c/ ANSeS s/ prestaciones varias”, sent. del 20-III-2012 (revocación de la sentencia que había dejado sin efecto una pretación por incapacidad, por considerar que para resolver de ese modo se habían valorado indebidamente las pruebas aportadas en autos); *id.*, causa B.638.XLVI, “Brugo, Marcela Lucila c/ Eskenazi, Sebastián y otros s/ simulación”, sent. del 10-IV-2012 (admisión del recurso extraordinario y revocación de la sentencia que, pese al rechazo total de la demanda de simulación, había distribuido las costas por su orden, sin explicar suficientemente las razones de la exclusión del principio objetivo de la derrota); *id.* causa M.328.XLVI, “Montaña, Jorge Luis c/ Transportes Metropolitanos General San Martín s/ daños y perjuicios”, sent. del 03-V-2012 (la Corte revocó allí una sentencia que había desestimado la indemnización de los daños sufridos reclamada por un usuario del servicio de transporte ferroviario, herido por el disparo realizado por un tercero ajeno a la compañía, con sustento en el apartamiento de las constancias de la causa –se había tenido por probado que el disparo provino de un policía, cuando las pruebas aportadas no sustentaban, a juicio del alcto cuerpo, dicha conclusión-).

Ello importa un respeto sincrónico y diacrónico⁷⁴⁶ de los parámetros tenidos en cuenta tanto para juzgar la trascendencia de un asunto, como para admitir discrecionalmente los casos intrascendentes. Por ende, la potestad aludida no resulta omnímoda y sólo podría explicarse una diferencia diacrónica de parecer, cuando una nueva reflexión, explicitada jurisprudencial o reglamentariamente, lleve a la Corte a variar las pautas tenidas en cuenta para pronunciarse sobre tales aspectos de admisibilidad.

Se arriba así a la premisa según la cual, al fijar criterio en cada caso (aunque sea implícitamente, es decir, sin dar motivo alguno para la admisión o desestimación) el Alto cuerpo sienta una línea que en el futuro debe seguir para no conculcar el principio reconocido en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Claro que, en la práctica, al no haber exteriorizado los parámetros que tiene en cuenta para valorar este recaudo de admisibilidad y al obviar toda motivación de las decisiones sobre ‘certiorari’, la Corte coloca un enérgico valladar a las partes y la ciudadanía en general, para controlar efectivamente el respeto de dicho postulado.

En efecto, no es fácil saber, en la práctica vigente del máximo tribunal, si la *definición de los parámetros* a considerar para juzgar la aplicación del ‘certiorari’ negativo, es consecuencia de una apreciación aguda de las condiciones jurídicas, políticas, sociales y económicas imperantes en un contexto determinado; o si, por el contrario, no existe en la materia un norte meditado y la admisión cualitativa de marras queda librada a la libre,

⁷⁴⁶ Se entiende por “uniformidad sincrónica” al juzgamiento idéntico de controversias análogas suscitadas en un *mismo contexto* histórico, social y cultural. Frente a ella, la “uniformidad diacrónica” importa el mantenimiento de los criterios jurisprudenciales en el tiempo, aun con independencia de la modificación de las circunstancias históricas en las que dichos precedentes se consolidaron. Con leves variantes, la definición puede verse desarrollada en TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, ob. cit., pp. 102 y 136 (nuestro aporte se reduce a enfatizar la noción de “contexto histórico” como pauta para definir la extensión en el tiempo de la uniformidad pregonada, a diferencia del destacado profesor italiano, que alude a “razonables períodos de tiempo” –para la “uniformidad sincrónica- y a “períodos de tiempo bastante largos” –para la uniformidad diacrónica-; v. autor y obra cit., pp. 135 y 136).

La distinción entre coherencia sincrónica y diacrónica es relevante, ya que es válido perseguir constantemente la primera como condición para garantizar un tratamiento igualitario hacia los justiciables. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la segunda (uniformidad diacrónica), ya que la irreflexiva cristalización en el tiempo de la jurisprudencia, con independencia del contexto en el que la misma se consolidara, provocaría un estancamiento pernicioso en el desarrollo del derecho (v. CALAMANDREI, *La casación civil*, ob. cit., t. II, pp. 68-69). Es por ello que autores como TARUFFO propugnan una redefinición de la conocida tésis “uniformadora” de la Casación, adoptando un criterio de “*variación justificada*” como punto de equilibrio entre la valiosa uniformidad diacrónica y la necesaria mutación de los criterios con que se interpretan las normas en distintos momentos (TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo ...*, ob. cit., pp. 137-141; OTEIZA, Eduardo, “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”, en VVAA [OTEIZA: coord.], *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, ob. cit., pp. 363-408, esp. pp. 406 y ss).

subjetiva e inconstante valoración de los operadores del sistema. Tampoco es simple determinar si tales parámetros, de existir, son aplicados en cada caso juiciosa y consistentemente por la Corte; o si, en cambio, responden a meros antojos circunstanciales.

Es por ello que anteriormente postulamos la necesidad de mejorar la praxis del instrumento en cuestión, para transformarlo en una herramienta más transparente, aun sin agravar sustancialmente la carga de trabajo del máximo tribunal (reiteramos la remisión a lo expresado *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 4]).

Tal camino puede cimentar las bases para un ejercicio más ecuánime y transparente del poder de selección de los asuntos que conforman su agenda jurisdiccional. Una adecuada sistematización de sus propios precedentes relativos a la utilización del ‘certiorari’ y una exteriorización general de los parámetros cualitativos de trascendencia, constituye un camino posible en este sentido. Siempre recordando que, como fuera anticipado, dichos estándares son mutables, es decir, que la coherencia exigida al Tribunal no significa entronar criterios pétreos acerca de la relevancia de determinados debates de derecho, sino simplemente imponer el respeto “sincrónico” de los parámetros destinados a “decidir qué casos decidir” y, en su caso, una variación justificada de las razones del abandono de los mismos.

3) Causales de aplicación del art. 280 del CPCN.

3.1) Generalidades

Hemos indagado previamente acerca de la especial indeterminación de los conceptos utilizados por el legislador para definir las causales que habilitan el ‘certiorari’ en el régimen del recurso extraordinario federal (cuestiones federales insuficientes, insustanciales o intrascendentes). También fue encuadrado el alcance de la “discrecionalidad” reconocida en la norma al máximo tribunal. Dichas reflexiones introductorias serán de utilidad en este capítulo, en el que intentaremos penetrar en la fisonomía de cada uno de los referidos motivos de procedencia.

Previo a ese estudio analítico, que constituye uno de los núcleos centrales de la problemática del “certiorari” en el país, nos permitimos destacar dos aspectos comunes a la totalidad de las causales a examinar, para una mejor exposición.

a) *Posibilidad de deslinde de las causales.*

Una primera observación general que cabe formular respecto de las causales de aplicación del art. 280 del CPCN, se relaciona con la posibilidad de deslindar suficientemente los conceptos allí mentados. Es que a la explicada vaguedad de las expresiones utilizadas en el citado precepto, se agrega otro obstáculo para una adecuada sistematización en la materia: la existencia de *cierta dosis de promiscuidad en su utilización*.

Tanto del examen de la jurisprudencia de la Corte, como del análisis formulado por muchos de los autores que han dedicado sus esfuerzos a la interpretación de dicho precepto, puede verificarse la ausencia de un deslinde claro entre las nociones de cuestión “insustancial”, “insuficiente” e “intrascendente”.

En alguna oportunidad ha llegado incluso a sostenerse la irrelevancia de una demarcación tajante de las aludidas causales de aplicación del ‘certiorari’, como puede verse reflejado en la disidencia de los Dres. CAVAGNA MARTÍNEZ y MOLINÉ O’CONNOR en la causa “Cornes”⁷⁴⁷, en la que dichos Ministros señalaron que “más que una inteligencia pormenorizada de cada uno de los términos expresados en el art. 280 del Código Procesal reformado por la ley 23.774 (falta de agravio federal suficiente, cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia) debe rescatarse el carácter análogo de éstos y su convergencia en una misma finalidad: la de preservar a la Corte a fin de que, ‘según su sana discreción’, pueda centrar su tarea en los asuntos que pongan en juego su relevante función”.

Pese a dicha primera aproximación, que esfuma los límites entre las distintas categorías mentadas por el citado precepto adjetivo, resulta posible identificar el núcleo conceptual de cada uno de ellos, tarea a la que nos abocaremos a partir del párrafo siguiente (v., *infra*, par. 3.2). La identificación de diversos precedentes en los que se advierte la utilización indistinta de las nociones aludidas (insuficiencia, intrascendencia, insustancialidad), no es óbice para postular una sistematización adecuada en esta materia, ejercicio que permite un más eficiente y transparente manejo del instrumento analizado.

⁷⁴⁷ CSN, C. 97. XXIV, “Cornes, Guillermo Juan José c/ Massuh S.A. - División Celulosa y Papel Planta Quilmes”, sent. del 7-IX-1993, “Fallos” 316:1967. La mayoría se pronunció en este precedente por la desestimación del embate, por falta de fundamentación autónoma. Los Dres. Cavagna Martínez y Moliné O’Connor, en disidencia, propusieron admitir el embate pese a dicho déficit técnico, haciendo mérito de la interpretación amplia del art. 280 del CPCN que convalida la admisión de recursos extraordinarios pese a carecer de los requisitos de admisibilidad tradicionales (“certiorari positivo”, v. *infra*, ap. 6)).

b) *La verdadera innovación de la ley 23.774: inclusión de la trascendencia como parámetro de admisión del recurso extraordinario.*

Previo a ingresar en el estudio analítico de cada una de las causales que integran el elenco del art. 280 del CPCN, cabe una segunda observación de carácter general a su respecto⁷⁴⁸. Interesa en tal sentido destacar que, en verdad, la auténtica transformación sistémica de la ley 23.774 consistió en la introducción de la “trascendencia” como pauta de selección de los casos a decidir por el máximo tribunal federal.

Como fuera anticipado y luego veremos con más detenimiento, los demás motivos del ‘certiorari’ (cuestiones federales insuficientes o insustanciales) ya estaban presentes en la jurisprudencia de la CSJN (v. *infra*, aps. 3.2 y 3.3) y su aplicación no demandaba en general más de un párrafo de motivación, con lo cual la novedad en este ámbito sólo consistió en brindar apoyatura legal a dicha escueta fórmula argumental cotidiana.

Por otra parte, al aplicarse el ‘certiorari’ en estas hipótesis, el sentido de la decisión se mantiene: las cuestiones federales insustanciales o insuficientes siempre fueron descartadas como hipótesis de procedencia del recurso extraordinario y lo siguen siendo luego de la ley 23.774.

A diferencia de ello, adviértase que la introducción del parámetro de “trascendencia” puede potencialmente transformar en modo radical el sentido de la decisión que el máximo tribunal hubiera adoptado rigiéndose por el encuadre original (“puro” o “reglado”) del art. 14 de la ley 48. En efecto, en el más moderno modelo de selección de la Corte, puede ocurrir que –por ejemplo- una cuestión federal tradicional que encuadre perfectamente en el citado precepto (vg., la inteligencia de una ley federal o el cuestionamiento de una autoridad nacional, conf. art. 14, inc. 3, ley 48), que guarde además relación directa e inmediata con la solución de la controversia (art. 15, ley cit.) y que haya sido resuelta equivocadamente y de modo contrario a las aspiraciones del recurrente, se encuentre presente en un caso que -a juicio del máximo tribunal- no

⁷⁴⁸ Toda referencia que se haga en el texto al art. 280 del CPCN debe entenderse igualmente referida al art. 285 del citado ordenamiento, que –como fuera anticipado- regula idéntico poder de selección a la CSJN en el ámbito del recurso de queja.

revista trascendencia como para poner en marcha la maquinaria jurisdiccional de un alto cuerpo de Justicia.

En tal hipótesis, en el esquema “reglado” de funcionamiento del recurso extraordinario, el embate hubiera sido declarado admisible (se dan los recaudos formales comunes y propios para escuchar al quejoso) y procedente (la interpretación del *a quo* respecto de la norma federal comprometida, fue errada). Sin embargo, a partir de la reforma de 1990, un embate de estas características podría ser desestimado por considerar la Corte que controlar la aplicación adecuada de ese precepto, en ese asunto particular, carece de repercusión suficiente, tolerando así hasta el error del *a quo*, en la medida que pronunciarse sobre el tema no está en la agenda de “grandes” asuntos que aquélla está llamada a resolver de conformidad con su más elevada misión institucional.

Lo antes expuesto permite corroborar la idea adelantada en cuanto a que el parámetro de “trascendencia” es la innovación más revolucionaria de la reforma de la ley 23.774, ya que: i) a diferencia de lo que ocurre con las cuestiones “insuficientes” o “insustanciales”, el concepto de referencia no estaba incluido en la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema, como recaudo de admisión del recurso⁷⁴⁹; ii) la noción de “trascendencia” es suceptible de definir por sí misma el resultado de la impugnación, siendo posible que un embate admisible y procedente (en el esquema anterior a 1990), sea rechazado, convalidándose incluso el error sentencial de los judicantes inferiores, en la medida en que el caso no despierte el interés del máximo tribunal como último y más genuino intérprete de la Constitución, custodio de las libertades fundamentales de los habitantes y protagonista fundamental del sistema republicano de gobierno.

Luego de estas observaciones generales, es posible ingresar en el estudio particular de cada una de las causales previstas en el art. 280 del CPCN, comenzando por las cuestiones federales insustanciales.

⁷⁴⁹ En similar sentido, expresa LUGONES que la trascendencia es la única innovación de la ley 23.774 al sistema de la ley 48, argumentando que “la referencia a cuestiones federales insuficientes o insustanciales no hace sino remitirse –para reforzarlo– al sistema articulado por las leyes 48 y 4055; pero lo que ellas no contienen es la exigencia de ‘trascendencia’ para asegurar la viabilidad del recurso (LUGONES, Narciso, *Recurso extraordinario*, ob. cit., pp. 14 y 15). También PALACIO expresa dicho parecer, afirmando, luego de criticar el elenco previsto en el precepto de marras, que “... la única mención dogmática contenida en el art. 280 del Cód. Procesal provista de relevancia jurídica es la relativa a la ‘trascendencia’ de las cuestiones planteadas” (PALACIO, Lino E., “Experiencia del denominado ‘certiorari argentino’”, *LL* 1995-E [secc. doctrina], pp. 1057-1062 [esp. p. 1058]).

3.2) Cuestiones federales insustanciales.

a) Mucho tiempo antes de la sanción de la ley 23.774 (1990), la Corte Suprema de la Nación había definido el concepto de cuestión “insustancial” como aquella que *carece de toda base*, o respecto de la cual existe *una clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de indudable aplicación al caso y el recurso carece de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla*, lo cual impide cualquier controversia seria respecto a su solución⁷⁵⁰.

Así lo señaló el cimero cuerpo en la causa “Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires” (1942)⁷⁵¹, criterio que –como veremos a continuación- fue reiterado inveteradamente hasta la actualidad, siendo finalmente esta categoría receptada por el art. 280 del CPCN (conf. ley 23.774), como una de las causales de aplicación del ‘certiorari’.

Resulta interesante transcribir *in extenso* los fundamentos del remoto fallo citado, para verificar la actualidad de sus premisas:

“4° Tanto la jurisprudencia nacional mencionada en el presente considerando, como la norteamericana, han admitido que las cuestiones federales pueden ser insustanciales *por carecer naturalmente de todo fundamento, o porque una reiterada y clara jurisprudencia de la Corte Sup. impida cualquier controversia seria respecto de su solución* (Robertson y Lirkham, ‘Jurisdiction of the Supreme Court of the United States’, ps. 95 y ss.; Taylor, ‘Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States’, ps. 336 y ss; Bouvier, ‘Law Dictionary’ –verbo ‘Federal cuestión’ -, t. 1, ps. 1193 y ss.; Huges, ‘Federal Practice Jurisdiction and Procedure Civil and Criminal’, t. 5, ps. 307 y ss., especialmente 316). En el segundo supuesto, *siempre que no sea dudosa la aplicación de la doctrina sentada por la Corte sup. en precedentes repetidos, ni se adelanten argumentos que puedan inducir seriamente a considerar la conveniencia de modificarla*, el recurso extraordinario debe denegarse, porque la cuestión federal en que se lo funda resulta notoriamente ineficaz para la modificación del pronunciamiento recurrido (‘Fallos’, t. 190, ps. 368 y 409, y t. 192, p. 240).

5° Que esto último es lo que acontece en la especie. En efecto, la cuestión federal en que se basa el recurso extraordinario interpuesto, consiste de manera muy principal, en la inconstitucionalidad del art. 4° ley 189, de expropiación, en la parte que autoriza en casos de urgencia la ocupación de los

⁷⁵⁰ V. IMAZ – REY, *Recurso extraordinario*, ob cit., pp. 180-182; BIDART CAMPOS, Germán J., “Cuestión insustancial en el recurso extraordinario”, en *ED*, t. 95, p. 353; PALACIO, Lino E., *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., pp. 213-215; MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario: el “certiorari”*, ob. cit., pp. 145-153; LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, ob. cit., pp. 105-106 y 392; SAGÜÉS, Nestor P., *Recurso extraordinario*, ob. cit., t. I, pp. 578-580.

⁷⁵¹ CSN, “Corporación de Transportes de la Ciudad de Bs. Aires c/ Cía. de Omnibus ‘Ciudad de Bs. Aires’”, “Fallos” 194:220 [1942].

bienes a expropiarse, previa consignación de la suma ofrecida y no aceptada en concepto de indemnización. Se discute si esa forma es compatible con el art. 17, Const. Nac.

6° Que el punto ha sido decidido reiteradamente en forma afirmativa y de manera tan explícita por la jurisprudencia de esta Corte, que su planteamiento en la actualidad no ‘da lugar a controversia real’ (187 U.S. 308; ‘Fallos’ t. 192, p. 308) suficiente para sustentar el recurso extraordinario que se intenta; así, en “Fallos”: t. 108, p. 240; t. 117, p. 198; t. 150, p. 72, y t. 186, p. 53, se ha hecho expresamente la declaración de la validez constitucional de la norma cuestionada. Y en otra serie de pronunciamientos, se han admitido conclusiones que suponen su aplicación y constitucionalidad (‘Fallos’: t. 118, p. 402; t. 182, p. 15; t. 186, p. 151; y la sentencia de 9 del corriente mes y año en la causa Tierras y Yerbales [S.A.] v. Prov. de Sgo. del Estero, entre otros).

7° Que no son suficientes las circunstancias mencionadas en el escrito de f. 300 –en que se interpone el recurso extraordinario- para dar color de fundamento a la cuestión federal que motiva los precedentes considerandos. Desde luego, porque la validez constitucional del art. 4 de la ley 189, no ha sido supeditada por esta Corte a la circunstancia de que el expropiante sea la Nación, una provincia o un municipio y no una corporación o entidad legalmente autorizada al efecto. Precisamente en este último supuesto ha sido sentada la jurisprudencia a que alude el pronunciamiento (‘Fallos’ t. 105, p. 183, y t. 108, ps. 240 y 269). En cuanto a las consideraciones vertidas en ‘Fallos’ t. 186, p. 151, es de advertir que contemplan una situación totalmente ajena a la debatida en la causa –la posibilidad de seguir ejecución contra la Nación- y por consiguiente no son invocables para la solución de la de autos” (énfasis agregado).

b) La fórmula inicial contenida en dicho precedente parecía receptor dos hipótesis de “insustancialidad”: i) una vinculada con la ausencia total de base argumental (“carece de todo fundamento”); y ii) otra asociada a la existencia de pronunciamientos anteriores de la Corte en casos análogos, sin que se hayan introducido en el caso elementos de juicio diversos para transformar la hermenéutica sostenida en dichos precedentes.

La primera de las variantes aludidas, como puede fácilmente advertirse, se confunde con los requisitos de fundamentación autónoma e idoneidad técnica del recurso deducido, temas que parecen más propios de la noción de “suficiencia” (v. *infra*, ap. 2.3).

Es que ya en la época en que tuvo nacimiento de esta doctrina, las categorías de cuestión “insustancial” e “insuficiente” como motivos de desestimación del recurso extraordinario, estaban fusionadas en el discurso del alto cuerpo. Así, por ejemplo,

puede advertirse la utilización indistinta de ambas expresiones en la causa “Diamante” (1959)⁷⁵²:

“La cuestión federal atinente a la incompetencia de los tribunales del trabajo provinciales para intervenir en las causas cuando las partes se domicilian en diferentes jurisdicciones, resulta *insustancial e insuficiente* para el otorgamiento de la apelación extraordinaria si la sentencia recurrida concuerda con doctrina reiterada de la Corte, de la que el apelante no da razones fundadas para prescindir”⁷⁵³.

c) Sin embargo, con posterioridad –aunque con vaivenes⁷⁵⁴– el criterio del máximo órgano jurisdiccional del país se fue consolidando hacia la configuración de

⁷⁵² CSN, “Diamante, Luis c/ Cía. Inmobiliaria del Río de la Plata S.A.” [1959], “Fallos” 244:37.

⁷⁵³ Con carácter más reciente, puede verse una nueva fusión entre los términos “insustancial” e “insuficiente” en “Fallos” 316:2747 [1993], en el que la Corte sostuvo que “el agravio de la demandada por el que tiende a poner en discusión la existencia en el ordenamiento local del recordado principio de intangibilidad de los salarios de los jueces, *es insuficiente para habilitar esta instancia extraordinaria*, de acuerdo con conocida doctrina de la Corte según la cual las cuestiones federales se tornan *insustanciales* cuando una clara jurisprudencia, indudablemente aplicable a ellas, impide toda controversia seria respecto de su solución, máxime cuando la recurrente no aduce razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad del precedente o importen nuevos argumentos que puedan llevar a una modificación de lo establecido en aquél” (el resaltado nos pertenece).

⁷⁵⁴ En alguna oportunidad la Corte modificó el sentido de la expresión “cuestión insustancial”, dándole un alcance que hasta el momento le era ajeno, asociándola a la “*ausencia de interés institucional*”. Así, en la conocida causa “Jorge Antonio”, *leading case* de la doctrina de la gravedad institucional (por la que fundamentalmente se habilita el conocimiento de un recurso extraordinario pese a la ausencia de requisitos de admisibilidad del mismo, cuando la cuestión trascienda el interés de las partes y afecte al de la comunidad) se utilizó dicha conceptualización para apuntocar la flexibilización de las formas allí postulada por el alto cuerpo: “Así como la *ausencia del interés institucional, que la jurisprudencia contempla con el nombre de “cuestiones federales insustanciales”, autoriza el rechazo de plano de la apelación extraordinaria*, así también la existencia de aspectos de gravedad institucional puede justificar la intervención de la Corte Suprema, superando los ápices procesales frustratorios de su control constitucional” (CSN, “Antonio, Jorge”, “Fallos” 248:189 [1960]).

También se ha aproximado en alguna oportunidad la noción de “cuestión insustancial” a la de *ausencia de relación directa e inmediata* o al *déficit de fundamentación del embate*. Así, por ejemplo, en “Fallos” 304:1124 [1982], el recurrente cuestionaba la decisión que había considerado que la contribución prevista en el art. 3 inc. b) de la ley 21.581 (imposición a favor del Fondo Nacional de la Vivienda –FONAVI-) era un impuesto. Entendía el quejoso que dicha forma de resolver importaba colocar a una ley provincial por encima de la aludida norma nacional, lo que configuraba una cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48. La Corte desestimó el planteo por “insustancial”, al entender que *el a quo* había fundado su decisión en la Constitución Nacional y no en la ley local a la que el impugnante consideraba que se había dado indebida primacía. Puede advertirse así que la doctrina de las cuestiones “insustanciales” no fue aplicada en el caso en su sentido tradicional (existencia de reiterados precedentes de la Corte sin que se den motivos para apartarse de ellos), sino más bien para tener por verificada una combinación entre la ausencia fundamentación adecuada y la falta de relación directa e inmediata.

En similar sentido, en “Fallos” 330:4033 [2007], la Corte (siguiendo el dictamen de la Procuración General) calificó de “insustancial” el agravio agravio postulado contra la “supuesta aplicación errónea del artículo 41 *bis* del Código Penal”, señalando que pese a haber sido citado dicho precepto en la sentencia de primera instancia, el mismo “no fue realmente aplicado” en la sentencia atacada. Lo que permite advertir una nueva utilización del concepto analizado por parte de la Corte para juzgar la improcedencia del planteo por ausencia de relación entre el planteo formulado y la revocación pretendida.

Otra aplicación de esta variante de “cuestión insustancial” asociada a la ausencia de fundamentación adecuada del recurso y a la inexistencia de cuestiones federales directamente relacionadas con la suerte del planteo, puede encontrarse en “Fallos” 306:194 [1984], en el que la Corte descalificó de dicho modo a la impugnación deducida ante sus estrados por no formularse en ella “razones atendibles que autoricen a

este supuesto de rechazo de acuerdo a la segunda subespecie indicada (*supra*, ii)], es decir, “cuando la sentencia recurrida concuerda con doctrina reiterada de la Corte, de la que el apelante no da razones fundadas para prescindir”⁷⁵⁵. O, en similares términos,

presumir menoscabo al derecho de defensa por haber resuelto la Cámara una cuestión no propuesta en la sentencia”, así como por ser ajeno a la vía intentada “lo atinente a las facultades de los tribunales provinciales, al alcance de su jurisdicción y a la forma en que ejercen su ministerio reglados por normas de procedimientos locales”.

En similares términos, apelando a la noción de cuestión “insustancial” frente a articulaciones constitucionales “genéricas” o inmotivadas, v. “Fallos” 323:736 [1998], en el que la Corte desestimó el planteo de inconstitucionalidad del art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, “efectuado en términos genéricos y sobre la base de un precedente que no hace sino ratificar el criterio expuesto” (ídem, “Fallos” 323:732 [2000]. También para descalificar agravios carentes de sustento: v. “Fallos” 327:493 [2004]: “resultan *insustanciales las críticas atinentes a la falta de motivación* puesto que, además de la circunstancia objetiva de no haber obtenido los dos tercios de votos reglamentarios, *los actos impugnados contienen las razones que llevaron a su dictado* y que impidieron la designación del actor, sin perjuicio de que se las considere válidas o no, cuestión que no ha sido introducida por el interesado, quien pudo haber tomado conocimiento de ellas a través de la vista del expediente administrativo y ejercer su defensa contra esas razones”.

También se advierte una utilización de la noción de “cuestión insustancial” diversa de la tradicional sostenida en el ámbito del recurso extraordinario en el precedente de “Fallos” 306:516 [1984]. En dicha oportunidad se aplicó la noción aludida en el campo de la competencia originaria de la CSN, para señalar la inatendibilidad del planteo que en dichas actuaciones había introducido el accionante (empresa a la que se había obligado a tributar ingresos brutos en la Provincia de Mendoza pese a tener por objeto el transporte interjurisdiccional de mercancías), cuestionando el poder de imposición local en la materia. Sostuvo en tal sentido la Corte que “El reparo formulado al precepto de la ley 20.221 [...] que permite gravar con el impuesto a los ingresos brutos el transporte interjurisdiccional en la forma prevista en el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977, promueve el examen de una *cuestión insustancial*, ya que el otorgamiento de esa facultad no importó acordar una prerrogativa que las provincias no se hubieran reservado” (énfasis propio). Vale la pena advertir que precisamente en dicho precedente la Corte modificó su jurisprudencia anterior (“Fallos” 188:27; 191:348; 278:210, etc.) por la que consideraba inconstitucional toda imposición de tributos provinciales al comercio interestadual, pasando a legitimar dichas disposiciones, en la medida que no consagren discriminaciones arbitrarias ni aduanas internas. Es decir, que la doctrina de la “cuestión insustancial” no sólo se aplicó allí en el ámbito de la competencia originaria, sino que además se la utilizó en un asunto en el que lejos de remitirse a su “reiterada jurisprudencia anterior” para dar respuesta al planteo, se procedió a la radical modificación de su hermenéutica constitucional en la materia. El criterio fue mantenido en el análogo precedente de “Fallos” 307:374 [1985].

Una nueva lectura de la voz “cuestión insustancial” es la asociada a las situaciones en las que los agravios deducidos se tornan *abstractos*, como puede verse en “Fallos” 329:4083 [2006]: “La circunstancia de que se haya concedido la libertad condicional y según el cómputo más favorable, lo que implica que la pena viene ejecutándose tal como lo pide la defensa, vuelve insustancial la cuestión”. En similar sentido, v. “Fallos” 330:1772 y 2471 (calificando de insustancial los agravios relativos a la tasa de interés fijada, si la deuda en cuestión ha sido sometida al régimen de consolidación de deudas del Estado).

⁷⁵⁵ CSN, “González, Hipólito” “Fallos” 245:450 [1959], en el que se verificó que el tema de la constitucionalidad del art. 34 del decreto-ley 2186/57 había sido motivo de reiterados pronunciamientos de dicho cuerpo en modo desfavorable a la pretensión del recurrente. En similar sentido, v. “Fallos” 244:192 [1959] –sobre el valor de los fallos pasados en autoridad de cosa juzgada y la imposibilidad de invocar la arbitrariedad de la sentencia firme materia de la ejecución, en el ámbito de la excepción de inhabilidad de título-; “Fallos” 247:429 [1960] –considerando insustancial el agravio relativo a si el rechazo de la demanda por repetición de pago del impuesto, fundado en la inexistencia de la protesta, importa exceso en las facultades del tribunal y una invasión de la esfera reservada al Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo-; “Fallos” 247:607 [1960] –sobre la admisión de la responsabilidad extracontractual del Estado ante los particulares en los términos de los arts. 1109, 1113 y 1133 del Código Civil-; “Fallos” 258:188 [1964] –sobre la constitucionalidad de la atribución de las Cámaras Nacionales de Apelación de dictar fallos plenarios-; “Fallos” 259:33 [1964] –sobre los alcances del ex art. 67, inc. 27 de la Constitución Nacional [actual art. 75, inc 30], en el sentido de que la facultad aludida en la norma constitucional señalada es únicamente la de someter a la legislación exclusiva del Congreso los lugares que menciona, sin perjuicio de las atribuciones de

“cuando una clara y reiterada jurisprudencia, indudablemente aplicable a ellas, impide cualquier controversia seria respecto de una solución; máxime cuando el apelante no aduce razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad de esos precedentes o importen nuevos argumentos que puedan llevar a una modificación del criterio establecido en ellos”⁷⁵⁶.

Es decir, que para que una cuestión se torne insustancial en los términos indicados, deben darse dos condiciones: i) que el tema planteado esté resuelto en casos análogos, mediante una clara y reiterada jurisprudencia del alto cuerpo; ii) que el recurrente no ponga en tela de juicio seriamente la aplicabilidad de tales precedentes ni aporte nuevos argumentos que puedan conducir a una modificación de la doctrina allí

las provincias que no interfieran en la realización de la obra nacional-; “Fallos” 263:534 [1965] y 301:1028 [1979] –sobre los alcances de la “doble imposición”-; “Fallos” 276:470 [1970] -sobre la constitucionalidad las leyes 17.607 y 17.689-; “Fallos” 293:207 [1975] –sobre los alcances de la garantía constitucional de no ser obligado a declarar contra sí mismo como rigiendo sólo en materia penal y no en el ámbito de sanciones resarcitorias aplicadas en virtud de la conducta procesal del deudor-; “Fallos” 299:254 [1977] –sobre la procedencia de la actualización de los créditos cuando media mora del deudor-; “Fallos” 299:427 [1977] –sobre la constitucionalidad del art. 56 de la ley 7718 de la Provincia de Buenos Aires, que regulaba los requisitos formales de los recursos extraordinarios locales en el procedimiento laboral-, criterio reiterado en “Fallos” 305:1399 [1983]; “Fallos” 302:1280 [1980] -sobre la validez de la ley 17.091-; “Fallos” 303:1197 –sobre la procedencia de la revisión judicial de las decisiones adoptadas por el Poder Administrador en el ámbito de la seguridad nacional, considerando insustancial el agravio que postula la imposibilidad de inspección de dicho tipo de medidas-, criterio reiterado en “Fallos” 304:1891 [1982] y en “Fallos” 305:628 [1983]; “Fallos” 306:1536 -sobre los alcances del art. 5º de la ley 2873 que impone a la empresa de ferrocarriles la obligación de instalar barreras en los pasos a nivel-; “Fallos” 307:671 [1985] –sobre la constitucionalidad de las normas adjetivas que exigen abonar depósitos previos para la admisibilidad de los recursos-; “Fallos” 308:1260 [1986] -sobre el pago de los salarios caídos devengados durante la renuncia del empleado y su reincorporación, con apoyo en la ley 20.508-; “Fallos” 315:2328 [1992] y 315:2300 [1992] –sobre la validez, a la luz del derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional), de un decreto de la provincia de Salta que dispuso la prórroga unilateral del plazo establecido para el pago de una deuda en situaciones de emergencia-; “Fallos” 316:2747 [1993] –sobre la vigencia de la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces en las provincias, aún en ausencia de previsión específica al respecto-; “Fallos” 392:1092 [2006] -sobre la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces en situación de retiro-; “Fallos” 330:694 [2007] –que paradójicamente aplica el ‘certiorari’ al planteo de inconstitucionalidad formulado por el recurrente contra de la norma que habilita su utilización, es decir, el art. 280 del CPCN-, criterio reiterado en “Fallos” 331:303 [2008]; “Fallos” 330:4101 [2007]; 331:901[2008] y causas C.1048.XLIII, “Cardozo, Mirta Isolina c/Poder Ejecutivo Nacional”, sent. del 30-X-2007 y B.1000.XLIII, “Berutti, Carlos A. c/P.E.N. s/amparo”, sent. del 01-IV-2008, entre otros –todos relativos a la constitucionalidad de la legislación de emergencia (en los casos citados: transformación de la moneda o “pesificación” de los depósitos bancarios), dictada a partir de la crisis económico-financiera desatada a fines de 2001, tema considerado “insustancial” por la Corte luego de definir el tema en el caso “Massa” (“Fallos” 329:5913 [2006])-; “Fallos” 331:810 [2008] –sobre la imposibilidad de revisar, en sede judicial, el aspecto valorativo de la decisión destitutoria de los jurados de enjuiciamiento de magistrados-.

⁷⁵⁶ “Fallos” 303:907 [1981] –dictada en el transcurso del último golpe de estado en nuestro país, considerando insustancial el planteo de inconstitucionalidad Código de Justicia Militar en cuanto sometió a civiles a la jurisdicción castrense [lo que –agregamos- sólo era cierto en cuanto a que anteriores precedentes de dicho tribunal se habían pronunciado en similar sentido, validando así una de las tantas y tan graves lesiones a los derechos humanos cometidas en dicha época]-, criterio mantenido en “Fallos” 304:1782 [1982], aunque aquí revocando la condena en atención a las circunstancias particulares del caso, al verificar en concreto la existencia de diversas afectaciones a la garantía del debido proceso distintas a la sumisión de civiles a la jurisdicción militar.

establecida. No importa incluso que la cuestión debatida afecte el interés de la comunidad toda⁷⁵⁷, lo que equivale a decir que la “gravedad institucional” de una cuestión determinada, no es óbice para que la Corte la declare insustancial.

Como puede advertirse, se trata de dos presupuestos de distinta naturaleza. El primero de ellos se perfecciona con sólo advertir la existencia de dicha jurisprudencia consolidada y desfavorable a la afirmada en el recurso, sin necesidad de verificar en cada caso la calidad de la postulación deducida ante sus estrados. El segundo, por el contrario, depende exclusivamente de la técnica del recurso, ya que sólo puede considerarse insustancial el embate cuando además de existir una doctrina judicial contraria a la inteligencia propiciada en el embate, el quejoso omite hacerse cargo de la misma aportando reflexiones inéditas en la materia.

Por ende, para satisfacer la carga impuesta a quien lleva un caso ante la Corte en tales condiciones, el impugnante debe: i) procurar sustraerse de los alcances de la jurisprudencia adversa, explicando las razones de su inaplicabilidad al caso presentado; o ii) brindar nuevos argumentos que puedan conducir seriamente a la modificación de la misma⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Así lo ha puesto de relieve la CS, al pronunciarse respecto de los alcances de la obligación de las empresas de ferrocarriles de instalar barreras en los pasos a nivel: “El agravio referido a que la interpretación que corresponde asignar al art. 5° de la ley 2873 que impone a la empresa de ferrocarriles la obligación de instalar barreras en los pasos a nivel, suscita una *cuestión que afecta el interés de toda la comunidad y pone de manifiesto la gravedad institucional del problema en debate*, resulta *ineficaz para habilitar la vía intentada*, toda vez que la cuestión federal propuesta reviste carácter *insustancial*, pues la Corte se ha pronunciado en forma reiterada sobre el alcance de la disposición legal referida, sin que se advierta que el a quo haya prescindido de aplicar su doctrina ni que la recurrente aporte nuevos argumentos que justifiquen revisar los criterios aceptados sobre el tema” (CSN, “Fallos” 306:1536, “Paniagua” [1986]).

⁷⁵⁸ Así lo ha explicado el máximo tribunal al desestimar el recurso extraordinario que plantea cuestiones federales de esta índole (“insustanciales”), “si los agravios expresados *no logran poner en tela de juicio la aplicabilidad de los precedentes ni aportan nuevos argumentos que puedan conducir a una modificación de la doctrina establecida*”. V. en tal sentido CSN, “Fallos” 319:2267 [1996] (relativo a la validez constitucional de los decretos de necesidad y urgencia [dec. 1772/91, que introdujo un régimen de excepción para la marina mercante en el país, tema reiterado en “Fallos” 323:3899 [2000]); v. asimismo “Fallos” 323:1432 [2000] (sobre la ausencia de legitimación de los legisladores para cuestionar judicialmente la validez de un decreto de necesidad y urgencia, por no configurarse en la especie un “caso” o “controversia” que habilite el ejercicio de la función jurisdiccional).

En similar sentido, véase también lo expresado en “Fallos” 325:1747 [2002]: “*Ante la innegable aplicación al caso de un precedente de la Corte Suprema*, que no sólo resuelve las cuestiones controvertidas, sino que, incluso, desestima agravios de similar tenor a los planteados, corresponde rechazar el recurso extraordinario pues el examen de la cuestión federal es insustancial, en tanto *el recurrente mantiene una posición contraria a la del Tribunal, sin aportar elementos de juicio novedosos que justifiquen un nuevo examen del tema en discusión, ni demostrar cuáles serían las diferencias del sub lite que permitirían apartarse de aquella solución*” (énfasis agregado).

Véase igualmente la exteriorización del análisis realizado por el máximo tribunal respecto de la calidad del discurso impugnativo cuando se enfrenta a jurisprudencia contraria, en “Fallos” 330:3801 [2007]. En el caso, la Corte –siguiendo la definición analizada en el texto– consideró insustancial los agravios articulados por la defensa de un imputado en sede penal relativos al valor de las declaraciones espontáneas como elemento para

La satisfacción de tales condiciones técnicas, sin embargo, no garantizan el éxito del recurso, sino sólo su admisibilidad a la luz de la hipótesis de ‘certiorari’ que venimos analizando. Es decir, que la idoneidad del discurso impugnativo en este punto sólo rompe la barrera de la “insustancialidad” a la que alude el art. 280 del CPCN, pero nada dice acerca de la “trascendencia” del caso (que constituye una razón independiente para no tratar el asunto), ni mucho menos acerca de la procedencia de la queja en cuanto al fondo. En efecto, en este último aspecto, la Corte puede considerar serias las “nuevas reflexiones” aportadas por la parte, pero no compartirlas y –en consecuencia- ratificar la doctrina precedente.

d) La circunstancia de haber sido la “cuestión insustancial” conceptualizada por el máximo tribunal con anterioridad a la introducción del ‘certiorari’ en 1990, ha sido relevante en la práctica a la hora de analizar la admisibilidad del recurso extraordinario por los superiores tribunales provinciales o las cámaras nacionales de apelación.

En efecto, a diferencia del parámetro de “trascendencia” (cuya verificación en concreto es indudablemente, en nuestro régimen, una potestad exclusiva de la “sana discreción” de la CSJN y ajena a la definición del órgano inferior al conceder el remedio federal), se ha generado el interrogante acerca de si la insustancialidad de la cuestión puede ser advertida por el *a quo*. Ello así, dado que –como fuera adelantado- a los cuerpos inferiores les corresponde el análisis de admisibilidad de esta especie de impugnación, estudio que incluye la verificación de la existencia de una cuestión federal idónea para abrir la competencia del máximo tribunal en los términos del art. 14 de la ley 48.

La Corte (repetimos: con carácter previo a la reforma de 1990), había elucidado la noción de cuestión insustancial del modo en que fuera adelantado, afirmando que, en dicha hipótesis, el tópico federal involucrado sería “ineficaz” para la modificación del pronunciamiento atacado. Tal expresión ha suscitado dudas acerca de si se trata de una definición vinculada con la admisibilidad del embate (no hay una cuestión federal seria como para incitar a la Corte a resolver) o con la procedencia (hay una cuestión federal

obtener información relevante a efectos de allanar un domicilio. Y agregó, enjuiciando la calidad técnica del recurso, que el quejoso “no sólo no [había] rebatido los fundamentos de tales precedentes sino que ni siquiera los [había] tenido en cuenta”, lo que sellaba la suerte del embate en ese punto.

pero la misma no permite revocar la sentencia, por lo que el recurso es admisible pero improcedente en el fondo) ⁷⁵⁹.

Si bien la problemática desarrollada en el texto no se encuentra muy difundida en la jurisprudencia de los tribunales encargados de conceder el recurso extraordinario (los “superiores tribunales de la causa”), pueden citarse algunos casos en los que dichos órganos han utilizado esta atribución, verificando que la impugnación deducida ante sus estrados portaba cuestiones ya resueltas por una pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema, no siendo –por ende– idónea para abrir la competencia extraordinaria prevista en el art. 14 de la ley 48⁷⁶⁰. Por ende, de acuerdo con esta tesis, la determinación de la existencia de cuestiones insustanciales no constituye una potestad propia y exclusiva del máximo tribunal federal, sino que puede ser advertida por el *a quo* al momento de

⁷⁵⁹ Se pronuncian por esta segunda posición, considerando consecuentemente que el *a quo* no puede declarar la “insustancialidad” de las cuestiones federales, ya que se trata (antes y después de la reforma de la ley 23.774) de un resorte exclusivo de la Corte Suprema: LUGONES, Narciso, *Recurso extraordinario*, ob. cit., p. 397; GARAY, Alberto, “Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario”, LL 1990-E-984 (entendiendo que la definición de si una cuestión federal es insustancial desborda el análisis de admisibilidad “formal” propia del *a quo*, ya que implica “inexorablemente [decidir] el fondo del asunto”).

⁷⁶⁰ V. en tal sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, causa 8.533/99, “Villarreal Pedro Ángel c/ Estado Nacional Ejercito Argentino Ministerio de Defensa s/ daños y perjuicios”, res. del 12-XII-2002, en el que la Alzada tuvo en cuenta que la CSJN -en su composición vigente a esa época- había resuelto uniformemente en numerosos casos la temática que era materia del recurso (derecho de los oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, que sufren una minusvalía físico-psíquica en acto de servicio -salvo que ésta se relacione con actos bélicos- a reclamar la indemnización que prevén las normas del derecho común si la legislación militar específica sólo contempla para tales supuestos un haber de retiro de carácter previsional). Por ello, al considerar que dicho reiterado criterio avaló la interpretación sostenida en el fallo en crisis, acerca de la compatibilidad del régimen especial (beneficios de las leyes 19.349, 19.101, 22.511 y decreto 333/58) y el resarcimiento de fuente civil, decidió desestimar el embate deducido ya que comporta una “cuestión insustancial, que no justifica la apertura de la instancia extraordinaria en favor del aquí recurrente”.

Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, actuando como órgano de concesión del recurso extraordinario federal, ha desestimado embates que, si bien portaban una típica cuestión federal, la misma había sido resuelta en casos análogos en sentido desfavorable a la pretensión del quejoso. Así, por ejemplo, en la causa “De Feo, Guillermo Benito y de Feo, Guillermo s/ sucesión” (SCBA, C. 86.632, res. del 19-IX-2007) el alto cuerpo provincial consideró que el tema en debate (inaplicabilidad del régimen de emergencia del sistema financiero y “pesificación” de las obligaciones –leyes 25.561, dec. 214/02, etc., a los depósitos judiciales) ya había sido juzgado por la CSJN en reiteradas oportunidades por lo que rechazó el recurso extraordinario federal interpuesto entendiendo que “cuando la tesis del recurrente fue descartada en situaciones semejantes por la doctrina de ese máximo órgano jurisdiccional y no se avizoran argumentos que conlleven a su reelaboración, la cuestión federal articulada es insustancial”.

En similar sentido, en la causa C. 104.256, “Barayasarra”, res. del 26-X-2010 la SCBA extendió los efectos de la doctrina de la “insustancialidad” de las cuestiones federales, al utilizar dicho motivo para rechazar la invocación de la doctrina “Strada – Di Mascio” (que –como es sabido- permite sortear los valladares adjetivos previstos para el acceso a los recursos extraordinarios locales, si en el caso se planteara una cuestión federal). En dicha causa, el alto cuerpo bonaerense consideró “insustancial” la cuestión federal vinculada con la inconstitucionalidad del plazo de prescripción de las obligaciones tributarias previsto en el art. 119 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires (tema resuelto por la CSN *in re* “Filcrosa” –“Fallos” 326:3899 [2003]-, entre otros), desestimando, en consecuencia, la pretensión del quejoso de obviar el recaudo de la *suma gravaminis* establecido para el recurso de inaplicabilidad de ley provincial (art. 278, CPCBA).

expedirse sobre la concesión del recurso extraordinario (análisis que demanda conocer la jurisprudencia de aquél a ese momento y examinar el contenido de la crítica deducida).

Ello no implica, cabe aclararlo, que dicha línea jurisprudencial lleve a colocar el ejercicio del ‘certiorari’ en cabeza del superior tribunal de la causa, ya que, en todo caso, la desestimación debe tener lugar respetando la tradicional forma de análisis “circunstanciada”, que se exige al judicante encargado de la concesión en los términos del art. 257 del CPCN. Es por ello que, de reconocerse al *a quo* la atribución de pronunciarse sobre la insustancialidad de una cuestión federal, el art. 280 del citado ordenamiento adjetivo no puede ser utilizado como fundamento de la resolución respectiva: el decisorio merecerá una argumentación circunstanciada.

3.3) *Cuestiones federales insuficientes.*

a) Al igual que -como vimos en el apartado anterior- sucede con las cuestiones federales “insustanciales”, la “insuficiencia” de las mismas también reconoce antecedentes en la jurisprudencia histórica de la Corte Suprema, habiéndose limitado la ley 23.774, en 1990, a consagrar dicho parámetro como uno de los que posibilitan la desestimación del recurso extraordinario, con la sola cita del art. 280 del CPCN.

Si bien la noción de marras sufre de una marcada imprecisión en la doctrina del alto cuerpo, puede abordarse su conceptualización teniendo en cuenta dos grandes hipótesis en las que, acudiendo a dicha categoría, el mismo ha descalificado los embates articulados ante su sede.

b) Una primera variante (que a nuestro parecer se ajusta más adecuadamente a la terminología propia de la teoría de los recursos extraordinarios), es la que se refiere a las *falencias técnicas del discurso impugnativo*.

En esta línea, puede tildarse de “insuficiente” al recurso o a la cuestión federal articulada en el mismo, cuando el embate no contiene una réplica adecuada de los fundamentos del fallo respecto del tópico cuya revisión se pretende o, en general, siempre que la argumentación del quejoso no sea apropiada⁷⁶¹.

⁷⁶¹ V. CSN, “Fallos” 217:98 [1950]; 303:837 [1981]; 314:1881 [1991]; 316:424 [1993]; 326:1877 [2003], entre otros, en los que se califica de “insuficiente” a la crítica ensayada (o, en particular, a la denuncia de arbitrariedad) que contiene una “mera discrepancia” de los quejosos con el criterio del *a quo*. V. asimismo,

Con sentido más amplio, aunque siempre en el ámbito de las falencias postulatorias de parte, se ha aplicado el estándar analizado a los casos de planteos federales extemporáneos o que resultan el “fruto de una reflexión tardía”⁷⁶², lo que implicaría llevar el análisis de esta especie de “insuficiencia” más allá de la idoneidad del discurso contenido en la pieza impugnativa misma, para examinar la *oportunidad* en la que la cuestión llevada ante la Corte ha sido articulada en las instancias de origen.

c) La segunda vertiente, en la que se advierte un desarrollo algo más oscilante en la jurisprudencia del máximo tribunal, se orienta *no ya a la calificación de la técnica recursiva, sino a la valoración de la calidad misma de la cuestión federal llevada ante sus estrados*. En tal orden de consideraciones, la Corte ha reiteradamente estimado como “bastantes” o “suficientes” a los temas federales planteados por la vía del art. 14 de la ley 48, cuando entiende que los mismos son susceptibles de abrir su competencia apelada⁷⁶³; o, por el

SAGÜÉS, Nestor, *Recurso extraordinario*, ob. cit. t. I, p. 582; MORELLO, Augusto M., *Admisibilidad del recurso extraordinario (El ‘certiorari’ según la Corte Suprema)*, ob. cit., p. 76.

⁷⁶² V., en tal sentido, CSN, *in re* “Chaco Construcciones S.A.”, “Fallos” 327:3913 [2004], en el que la Corte, siguiendo el Dictamen de la Procuración General, pese a no aplicar el art. 280 del CPCN, desestimó la invocación tardía de cuestiones federales, tildando a dicho planteo como “insuficiente” por esa razón. Con lo que, sumado al rechazo de otros argumentos articulados en la pieza impugnativa como ajenos a las contempladas en el art. 14 de la ley 48, se declaró la improcedencia del embate. En similar sentido, v. “Fallos” 329:3775 [2006], voto de los Dres. FAYT, MAQUEDA y RUEDA -calificando igualmente de “insuficiente” al recurso que padece tal deficiencia en cuanto a la oportunidad del planteo federal-; “Fallos” 331:1730 [2008] –acudiendo a la voz “inadmisible” en idéntica hipótesis-; “Fallos” 303:164 [1981] –considerando que la cuestión planteada (tratamiento oficioso de la prescripción) no era “bastante” ya que no había sido introducida oportunamente-, etc.

⁷⁶³ En reiteradas oportunidades la Corte ha acudido a esta fórmula tradicional, caracterizando a las cuestiones federales como “bastantes” o “suficientes” para habilitar su competencia. Así, por ejemplo, ha valorado de ese modo planteos como el relativo a la violación a la garantía de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional), asociada con los límites de la competencia de la justicia militar (“Fallos” 300:156 [1978]; 330:399 [2007]); o con la actuación de las autoridades policiales alegadamente operando fuera de su competencia funcional, al practicar requisas domiciliarias, secuestros de efectos, detenciones y traslado de de los presuntos delincuentes (“Fallos” 308:2481 [1986]); la identificación del alcance territorial de las facultades impositivas de las provincias y de la Nación (“Fallos” 251:419 [1961]); la interpretación de las sentencias de la Corte, cuando se denuncia un apartamiento esencial de lo decidido en la misma causa (“Fallos” 312:1311 [1989]; 315:686 [1992]; 324:3411 [2001]); la discusión el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño como pauta interpretativa del régimen legal de aplicación de penas a menores (“Fallos” 328:4343 [2005]); la determinación del alcance que cabe asignar a la garantía a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18 de la Constitución Nacional; 7º, inc. 5º, y 8º, inc. 1º, Convención Americana sobre Derechos Humanos) (“Fallos” 330:3640 [2007]); la denuncia de arbitrariedad en la interpretación de leyes locales (alcance de la expresión “instrumento” para determinar el impuesto de sellos), que conlleva a una lesión del principio de reserva de ley en materia tributaria amparado por los arts. 4 y 17, Const. Nac. (“Fallos” 330:4049 [2007]); los agravios relativos a la alteración de los límites de la aclaratoria, en caso de modificación sustancial de la sentencia definitiva, al haber actuado el tribunal *a quo* por fuera de la mera corrección de omisiones o aclaración de conceptos oscuros, reeditando así una jurisdicción agotada con el dictado del fallo inicial (“Fallos” 328:758 [2005]; 331:499 [2008]); la denuncia de arbitrariedad (exceso de rigor formal) en la aplicación de los requisitos de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa local (“Fallos” 316:2477 [1993]), etc.

contrario, de “no bastantes” o “insuficientes”, cuando no poseen la entidad necesaria para lograr dicho cometido⁷⁶⁴.

Repárese una vez más que en esta última serie de casos, no se trata de examinar la idoneidad técnica de los argumentos del recurrente, sino de penetrar en la cuestión federal presente en el caso, para estimar si tiene peso suficiente como para acceder ante la última instancia jurisdiccional del país. Ahora bien, ¿qué quiere decir que la cuestión federal tenga “peso suficiente” o que sea “bastante” para justificar su intervención?

Es aquí donde el análisis de la doctrina de la Corte impide una conceptualización exacta del estándar analizado. En muchas oportunidades, parece que la suficiencia está asociada a una cuestión de “medida”, por la cual las cuestiones podrían “ser más o menos federales”, lo que no resulta aceptable conceptualmente. Creemos, en efecto, siguiendo a la mayoría de los doctrinarios que han dedicado sus esfuerzos al tema, que las cuestiones son federales o no lo son⁷⁶⁵ y que la suficiencia de las mismas debe buscarse en otro parámetro de justificación.

A la hora de identificar el patrón que permitiría juzgar la “insuficiencia” de una cuestión federal en esta segunda acepción (es decir, la que califica como tal al tema a resolver y no a la técnica con que el mismo fue planteado)⁷⁶⁶, entendemos que el

⁷⁶⁴ Aplicando dichas pautas, la Corte ha excluido de su revisión (por considerarlos “insuficientes”, “no bastantes” o “inadecuados para justificar su intervención en el caso”) temas como la posible contradicción entre un fallo dictado por ella misma y lo decidido por el *a quo*, cuando el primero fue pronunciado en otro expediente, por más que sea conexo (“Fallos” 328:742 [2007]; o la verificación del acierto de las medidas cautelares que suspendieran la aplicación de la cláusula de desinversión prevista en el art. 161 de la Ley 26.522 de medios audiovisuales (CSN, “Fallos” 333:1885, “Grupo Clarín” [2010]; 334:259, “Radio y Televisión Trenque Lauquen” [2011]), etc.

⁷⁶⁵ Entiende SAGÜES, Nestor P., *ob. cit.*, p. 581, que “[e]n rigor de verdad, o hay o no hay ‘cuestión federal’. Si ella existe no interesa que sea abundante o reducida; y si no la hay no se puede hablar con lógica jurídica de ‘cuestión federal insuficiente’ o ‘no bastante’, sino simplemente de ausencia de cuestión federal”.

En similar sentido se expide LUGONES: “la ‘cuestión’ es o no federal, es difícil imaginar grados en esto” (LUGONES, *Recurso extraordinario*, *ob. cit.*, p. 391). Igualmente, PALACIO coincide con dicho parecer, agregando que, por dicho motivo, la frecuente alusión a las cuestiones federales “suficientes” o “bastantes” constituye un “lenguaje desprovisto de significación jurídica (PALACIO, Lino E., *El recurso extraordinario federal*, *ob. cit.*, § 24.2, p. 212).

⁷⁶⁶ Nos apartamos en este aspecto del parecer exteriorizado por el primero de los destacados publicistas citados en la nota anterior. Si bien, como fuera anticipado, seguimos su diagnóstico en cuanto a la impropiedad de medir cuantitativamente las cuestiones en “más o menos federales”, no nos convence la conceptualización final que hace de las cuestiones “suficientes” como aquellas que “tienen una dimensión cualitativa indispensable para afectar el orden federal” y de las “insuficientes” como aquellas que “carecen de consecuencias relevantes, más allá del debate de la causa”. Como el autor mismo lo destaca (v. SAGÜES, *ob. cit.*, p. 582), dicho criterio implicaría prácticamente identificar las categorías de la “suficiencia” y de la “trascendencia”, lo que no resulta aconsejable, dada la distinta incidencia del poder discrecional de la Corte en cada caso.

Es por ello que en texto nos basamos en un parámetro diverso para determinar la “suficiencia” de una cuestión federal, ligando a dicha categoría con el requisito de la relación directa e inmediata, lugar en el que

criterio más adecuado es el de *asociar la “suficiencia” de la cuestión federal, con el requisito de la “relación directa e inmediata”* que la misma debe poseer para habilitar el acceso del caso ante la Corte Suprema (art. 15, ley 48). En otras palabras, la cuestión sería “suficiente” si presenta dicho nexo, mientras que no lo sería si carece del mismo.

Como fuera anticipado, a los fines de la admisibilidad del recurso extraordinario no sólo se requiere el planteo de una cuestión federal, sino también que ésta guarde relación directa e inmediata con el contenido de la resolución impugnada. De modo tal que sólo cuando la solución final de la causa *requiere necesariamente de la determinación del sentido del precepto federal respectivo*, puede afirmarse que el caso cumple con la condición exigida en el art. 15 de la ley 48.

De tal premisa puede apreciarse que, a diferencia de lo que sucede con la definición de aquello que consituye cuestión federal, la inmediatez de la misma con la materia en litigio sí es susceptible de medida. Ello así, dado que –de acuerdo con lo expresado– hay cuestiones federales (vg., interpretación de cláusulas de la Constitución Nacional) que tienen mayor vinculación con el pleito que otras y es en dicha proximidad con la suerte final de la litis en la que termina dirimiéndose la presencia del recaudo de la relación directa e inmediata.

Es por ello que, en la segunda acepción de la categoría de “insuficiencia” aquí analizada, entendemos que dicha parcela del art. 280 del CPCN podría ser aplicada cuando la cuestión articulada en la pieza impugnativa, pese a constituir una de aquellas previstas en el art. 14 de la ley 48, no guarda relación directa con la materia litigiosa (por ejemplo, acudiendo a una hipótesis habitual, cuando la sentencia atacada cuenta con fundamentos de derecho común o local que alcanzan para sustentarla⁷⁶⁷).

Consideramos que esta postura es la que mejor condice con las premisas antes desarrolladas, a la vez que brinda cierta seguridad a la hora de examinar la presencia de este motivo de ‘certiorari’, dado que el recaudo de la relación directa e inmediata cuenta

parece ubicarse LUGONES, al señalar que el estudio de aquello que cabe considerar un agravio federal suficiente en los términos del art. 280 del CPCN, ha sido “tradicionalmente incluido en los capítulos sobre ‘gravamen y relación directa’” (LUGONES, *Recurso extraordinario*, ob. cit., p. 392).

⁷⁶⁷ CSN, “Fallos” 307:2131 [1985]; 321:2250 [1998]; 330:345 [2007], etc. La utilización de la fórmula de la ausencia de cuestiones federales “bastantes” para descalificar agravios que no guardan “relación directa” en los términos señalados en el texto, pueden encontrarse en la jurisprudencia de la CSN (vg., “Fallos” 302:539 [1981] –entendiendo que la denuncia de violación del derecho a una justa retribución profesional sobre la base del desconocimiento de la tasación de los bienes en juego, no es suficiente en sede extraordinaria, ya que el principio aludido no se ciñe a la determinación del valor del pleito-).

con importantes antecedentes que, sin bien no quitan toda complejidad al problema, al menos lo enmarcan en parámetros conceptualmente aceptables.

d) Sintetizando lo expuesto en este apartado, entendemos posible identificar dos elementos que permiten aplicar el art. 280 del CPCN para desestimar un recurso sobre la base de la causal de “insuficiencia”, logrando un deslinde aceptable entre esta categoría y las restantes que prevé el precepto de marras (intrascendencia, insustancialidad).

En tal sentido, la hipótesis de rechazo examinada puede tener lugar cuando: i) el recurso *carece de una réplica adecuada a los fundamentos del fallo atacado* sobre la cuestión cuya revisión se pretende o, en general, cuando padece de *deficiencias argumentales que lo descalifican*; ii) la cuestión federal denunciada *no guarda relación directa e inmediata* con los temas a decidir (vg., porque para su configuración es necesario indagar en el sentido y alcances de normativa de derecho común o local, reexaminar los hechos determinados en las instancias de grado, etc.).

3.4) *Cuestiones intrascendentes.*

En diversos pasajes de la investigación, han sido anticipados varios de los temas concernientes a la delicada categoría de la trascendencia contenida en el art. 280 del CPCN.

Así, se puso de resalto que la misma constituye la auténtica innovación del precepto de marras con relación a la competencia apelada de la Corte Suprema (v. *supra* ap. 3.1.b); se tomó partido en torno a la distinción entre obrar discrecional e interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, analizándose los alcances de la discrecionalidad que habilita el ‘certiorari’ en el régimen nacional (v. *supra*, respectivamente, capítulo segundo, par. IV y, en este párrafo, ap. 2), etc.

Fuimos de este modo construyendo buena parte de las bases que nos servirán de guía en esta parcela del estudio, en la que buscaremos ampliar el análisis, intentando identificar parámetros idóneos para definir qué temas merecen la atención del máximo tribunal.

La importancia de dicha línea de investigación se pone en evidencia toda vez que, en nuestro medio, no existe reglamentación alguna que permita a los operadores que actúan ante (y dentro de) la Corte Suprema, determinar dichas pautas. De ese

modo, resulta por demás complejo anticipar aproximadamente (o incluso juzgar sin riesgo de inconsistencias o inequidades), qué casos llegarán a ingresar a los más altos estrados jurisdiccionales del país.

a) Introducción. La trascendencia y los roles institucionales de la Corte Suprema.

Uno de los aspectos a los que nos referimos previamente con carácter general, y que será de especial utilidad en la definición de aquello que corresponde considerar relevante en los términos del precepto aludido, es el de la *utilización teleológica de los mecanismos de “filtro”* reconocidos a los Superiores Tribunales (v. *supra*, capítulo segundo, par. VI).

La opción por una interpretación finalista de esta clase de instrumentos, es la que permite asociar el ejercicio del poder de selección de estos cuerpos jurisdiccionales, con su misión institucional más eminente. El ‘certiorari’ se concibe así como un verdadero *instrumento*, es decir, un dispositivo orientado a un fin, que no es la mera reducción de la carga de trabajo del tribunal cimero, sino el perfeccionamiento de su papel institucional, al permitirle concentrar su actividad en las materias para las cuales fue diseñado.

De todos modos, debe evitarse un equívoco capaz de derivar en una simplificación excesiva del tema.

Cuando asociamos la finalidad del art. 280 del CPCN al papel institucional de la Corte Suprema, no sugerimos que para definir la “trascendencia” de un caso resulta *suficiente* con verificar si un pronunciamiento de mérito sobre aquél permitiría al alto cuerpo federal cumplir con sus roles. Un estándar de tales características no sería tan complejo de poner en práctica, pero terminaría tornando ineficaz al dispositivo de selección, ya que –como veremos- la heterogeneidad de las funciones de la Corte podría llevar a que la totalidad de los asuntos que tengan una articulación federal adecuada, superen el valladar aludido.

La aclaración no es menor, como podrá verse en los siguientes apartados. No es lo mismo afirmar que el ‘certiorari’ sea un instrumento que permite a la Corte descomprimir su agenda y concentrarse en sus roles más eminentes, que sostener la trascendencia de todo asunto idóneo para que la Corte ejerza uno de sus variados

cometidos. Como intentaremos demostrarlo más adelante, lo primero es cierto, mientras que lo segundo no lo es.

En efecto, la tarea de definir la trascendencia perdería parte de su dificultad si, a la hora de evaluar dicho recaudo de admisibilidad, al operador le bastara con juzgar la coincidencia entre los rasgos primordiales de la cuestión planteada y cierto grupo de estándares unidireccionales definitorios de la misión institucional de la Corte. Es que, como veremos con detenimiento más adelante, tal “unidireccionalidad” no puede pregonarse dentro del elenco tradicional de funciones para las cuales la Corte ha sido pensada en nuestro medio.

Por el contrario, al ser colocado un mismo caso bajo el aludido escrutinio (“¿dirimir este asunto corresponde al ejercicio de la misión institucional del máximo tribunal federal?”), la respuesta puede variar diametralmente dependiendo de la selección del estándar con el que sea medido ese “rol”.

En otras palabras, los parámetros con los que la misma Corte ha definido su perfil institucional no guían necesariamente al intérprete hacia el mismo rumbo, sino que, por el contrario, a veces lo orientan hacia soluciones decisivamente divergentes. Esta dificultad ha suscitado la perplejidad de agudos observadores de la temática de marras, quienes al no poder encontrar una línea coherente en la definición de la agenda del máximo tribunal, consideran que el mismo carece de un rumbo preciso⁷⁶⁸.

Como fuera adelantado, nos adentraremos aquí en los parámetros idóneos para valorar esta condición de admisibilidad del recurso extraordinario, a efectos de lo cual, siguiendo el criterio prealudido, concentraremos inicialmente la atención en el papel que le corresponde desempeñar a la Corte en nuestro diseño institucional, para luego explicar el modo en que, a partir de ese punto de partida, puede ir articulándose una teoría adecuada acerca de los alcances de la llamada jurisdicción discrecional del alto cuerpo.

Al igual que lo que sucede con la Suprema Corte estadounidense, no existen demasiadas controversias en torno a las finalidades para las que ha sido pergeñada en nuestro medio la competencia apelada del órgano ubicado en la cúspide del sistema de

⁷⁶⁸ V. OTEIZA, Eduardo, “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin rumbo preciso”, cit..

justicia⁷⁶⁹. Ello es así, al menos, desde una perspectiva estática. Es decir, prescindiendo de las divergencias existentes con relación al modo en que dichas funciones son o deberían ser articuladas en la praxis, tema que –por ahora- dejaremos a un lado, para retomarlo más adelante.

Tales roles son: el control constitucional, la casación de derecho federal, el ejercicio de una amplia y heterogénea función “axiológica” (principalmente ejercida a través de la doctrina de la arbitrariedad) y su actuación como “cabeza” del Poder Judicial. Veamos sintéticamente en qué consisten estos perfiles institucionales de la Corte.

b) Control constitucional. La Corte Suprema como custodio e intérprete final de la Constitución Nacional.

La primera y más destacada tésis del recurso extraordinario, es la de desempeñarse como instrumento fundamental para que el máximo tribunal ejerza su rol de *custodio e intérprete final de la Constitución Nacional*⁷⁷⁰.

Se despliega así una función que no se limita a la atribución de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de determinar el sentido de las cláusulas de la Constitución (pasibles de ser utilizadas como sustento para dar solución a los casos concretos sometidos a su juzgamiento, independientemente de que se las confronte o no con normas de menor jerarquía); e incluso, siguiendo las palabras del órgano cimero, a la función de “interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permita”⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ Sobre los fundamentos y tésis del recurso extraordinario, puede consultarse, entre otros, a IMAZ – REY, *Recurso extraordinario*, ob. cit., pp. 24-27; PALACIO, Lino E., *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., pp. 15-22; MORELLO, Augusto M., *El recurso extraordinario*, Platense, 2º ed. (reelaborada con la colaboración de Ramiro ROSALES CUELLO), 1999, pp. 65-78; LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, ob. cit., p. 11; SAGÜÉS, Nestor P., *Recurso extraordinario*, ob. cit., t. I, pp. 578-580;

⁷⁷⁰ Es centenaria la doctrina que reconoce expresamente a la Corte el rol de custodio e intérprete final de la Constitución (v. CSN “Fallos” 1:340 [1864]; 280:228 [1971]; 327:2048 [2004], etc.). Para citar sólo algunos de los múltiples pronunciamientos en los que la Corte, en sus diversas integraciones, ha definido esta atribución como su primera y más eminente función, v. CSN, “Fallos”, 280:228; 311:2748; 327:347.

⁷⁷¹ CSN “Fallos” 308:647 [1986]; 313:1513, “Peralta” [1990].

Siguiendo esquemáticamente la tradicional clasificación desarrollada en nuestro medio por IMAZ y REY⁷⁷², aunque aplicada exclusivamente a las cuestiones constitucionales cuya resolución corresponde a la Corte⁷⁷³, las mismas pueden ser: *simples* (interpretación de alguna cláusula de la Ley Suprema o de los tratados anexados a su texto, conf. art. 75, inc. 22, Const. Nac.), *complejas directas* (conflictos de supremacía entre una norma infraconstitucional –federal, común o local- y la Carta Magna) o *complejas indirectas* (incompatibilidad entre dos o más normas de rango infraconstitucional, que, para ser resuelta, demande examinar las reglas la distribución de competencias legisferantes prevista en la Constitución Nacional, la supremacía del bloque federal –art. 31, Const. Nac.-, la autonomía provincial o el principio de reserva local –arts. 5 y 121, Const. Nac.-⁷⁷⁴).

c) Casación de derecho federal. Alcances de la función uniformadora de la Corte Suprema.

Una segunda misión conferida a la Corte por la ley 48, es la de llevar adelante una auténtica labor de *casación de derecho federal*, al tener a su cargo la última palabra en torno a la correcta interpretación de dicho bloque normativo. Así lo dispone el art. 14, inc. 3 de la ley citada y ha sido reconocido por la misma jurisprudencia del alto Cuerpo⁷⁷⁵.

Algunas precisiones se imponen en este punto. En primer lugar, cabe enfatizar que el rol casatorio aludido está orientado al ámbito del derecho federal, sin que le corresponda ejercer funciones de nomofilaxis ni de uniformación de la jurisprudencia

⁷⁷² IMAZ, Esteban – REY, Ricardo, *El recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 3° ed., p. 24, cap. II, pp. 86-176. La categorización es seguida por numerosos autores, entre ellos: LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, ob. cit., pp. 107-134; PALACIO, Lino E., *Recurso extraordinario federal*, ob. cit., 3° ed., pp. 156-198; TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, ob. cit., pp. 104-110; PALACIO DE CAEIRO, Silvia, *El recurso extraordinario federal*, La Ley, Bs. As., 2002, p. 43.

⁷⁷³ Si bien compartimos la opinión de quienes consideran a las “cuestiones constitucionales” como una especie dentro del género “cuestiones federales” (materia propia del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48) [v. GUASTAVINO, Elías, *Recurso extraordinario ...*, ob. cit., t. I, p. 394], el presente apartado está dedicado al rol de la CSN como tribunal constitucional, razón por la cual acotamos la clasificación en el sentido indicado en el texto.

⁷⁷⁴ En puridad, la incorporación de la salvaguarda que la Corte Suprema debe dar a los aludidos principios de autonomía y reserva local (art. 5 y 121, Const. Nac.), demandaría, para cobrar plena operatividad, una reformulación del requisito de la “resolución contraria”, según hemos explicado más arriba (v. *supra*, par. II, ap. 2.d).

⁷⁷⁵ “La jurisdicción extraordinaria acordada a la Corte Suprema por el art. 14 de la ley 48, comprende esencialmente el control de constitucionalidad de las normas y actos de las autoridades nacionales y locales y, además, el *ejercicio de la casación federal*, que versa sobre la *interpretación de las normas y actos federales*” (CSN, “Fallos” 256:372, “Méndez de Basombrío” [1963]); en similar sentido “Fallos” 262:302 [1965]; 313:167, “Suárez Mason” [1990] -disidencia del Dr. PETRACCHI-).

relativa al derecho común o local⁷⁷⁶. De lo que se deduce que nuestra Constitución no aprecia como una lesión al principio de igualdad la circunstancia de que, en diversas jurisdicciones, existan criterios inconciliables en torno a la hermenéutica de preceptos de naturaleza civil, penal, laboral, etc.⁷⁷⁷. De lo contrario dicha inconsistencia suscitaría una cuestión federal, lo que –repetimos– no sucede en nuestro medio. En otras palabras, la variabilidad de los estándares de conducta, derivada de la existencia de contradicciones de los tribunales inferiores en materia no federal, constituye una consecuencia irremediable de la distribución de competencias entre la Nación y las provincias, y no corresponde a la Corte Suprema zanjar tales conflictos interpretativos.

⁷⁷⁶ Así lo ha sostenido reiteradamente la CSN, al sostener que su jurisdicción extraordinaria no se extiende a la casación de derecho común (“Fallos” 193:138; 302:1037; 307:2132); aclarando en tal sentido que la jurisprudencia contradictoria sobre un mismo tema no confiere naturaleza federal a la cuestión, no siendo el el recurso extraordinario la vía apropiada para uniformar la doctrina (“Fallos” 293:228 [1975]; 306:1668 [1984]; 307:752 [1985]; *id.* causa B.855.XLI, “Bensusan”, sent. del 27-XI-2007 –especialmente dictamen de la Procuración General–; en similar sentido: v. “Fallos” 287:130; 331:2663 [2008] –voto de los Dres. FAYT, PETRACCHI y ARGIBAY–).

Algunos precedentes aislados parecieron apartarse de esa línea rígida, avanzando en la determinación del sentido adecuado de normas de derecho común, frente a la incoherencia jurisprudencial de los tribunales de grado, considerando “de significativa trascendencia” (en los términos del art. 280 del CPCN), la necesidad de unificar dichos criterios discrepantes. Así, en la causa L.44.XXIV “López c/ Pesquera de La Patagonia S.A”, sent. del 10-VI-1992 (“Fallos” 315:1209), la mayoría del alto cuerpo (Dres. LEVENE, CAVAGNA MARTÍNEZ, FAYT, BARRA y BOGGIANO) penetraron en un caso en el que se cuestionaba la tasa de interés aplicable, materia históricamente considerada no federal y dejada a la razonable discreción de los jueces de grado (“Fallos” 275:405; 292:620; 298:425; criterio al que posteriormente la Corte retornó en “Fallos” 317:507; 323:2122; 329:5467, etc.). Para ingresar en dicha cuestión, como fuera anticipado, la Corte utilizó, como argumento corroborante, el de la relevancia de sellar las inconsistencias jurisprudenciales de los tribunales de grado: “... la determinación de la tasa reviste significativa trascendencia para el desarrollo del crédito y la seguridad jurídica”, por lo que correspondía ingresar en la materia “a fin de poner un necesario *quietus* en la evolución de las encontradas tendencias jurisprudenciales que conspiran contra la requerida certeza del tráfico en la materia” (en similar sentido, v. el fallo de la CS *in re* “Rodríguez c/ Compañía Embotelladora Argentina”, sent. del 15-IV-1993, “Fallos” 316:713 –considerando necesario arribar a dicho “*quietus*” jurisprudencial respecto de la interpretación de los alcances de la responsabilidad solidaria impuesta por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo –casos de subcontratación laboral–, en el ámbito de los contratos de distribución, concesión o franquicia–).

Tal afirmación no puede sino leerse como una novedosa definición según la cual dicha télesis uniformadora, estaría entre sus misiones institucionales (así lo afirma SAGÜÉS, al incluir dentro de los fines del recurso extraordinario un cuarto cometido de “casación general” –v. *Recurso extraordinario*, ob. cit., t. 1, §137, p. 308). Se trata, sin embargo, de un criterio que ha sido justificadamente abandonado (v. CSN, causa B.75.XLII, “Benítez”, sent. del 22-XII-2009, “Fallos” 332:2815) ya que importaba desconocer el rol que la Constitución Nación asigna a la Corte Suprema y la distribución de competencias allí pergeñada entre los gobiernos provinciales y el gobierno federal (del que la Corte Suprema forma parte como cabeza de uno de sus poderes).

⁷⁷⁷ El alto cuerpo se ha pronunciado expresamente en dicho sentido (imposibilidad de acudir al principio de igualdad como argumento para pretender que la Corte extienda su función uniformadora a cuestiones de derecho común): “Si la Corte Suprema entrara a conocer el fondo de un litigio con el propósito de fijar la recta interpretación de la ley común aplicable y conseguir, por ese medio, la uniformidad jurisprudencial sobre el punto, en realidad so color de restablecer la igualdad constitucional supuestamente violada por fallos contradictorios de diversos tribunales del país sobre una misma cuestión en materia laboral, ejercería una facultad ajena al recurso extraordinario [...]” (“Fallos” 246:300 y 302; 332:2815).

También corresponde agregar que en el ámbito de la interpretación de normas y actos de naturaleza federal infraconstitucionales, el legislador podría adjudicar el rol de uniformación jurisprudencial a su respecto, en otros cuerpos jurisdiccionales, sin que por ello se advierta conculcación alguna a la Carta Magna⁷⁷⁸. Al día de la fecha, de todos modos, la citada previsión del art. 14 inc. 3 de la ley 48, implica una opción parlamentaria favorable a la concentración de la función casatoria de derecho federal en cabeza de la Corte Suprema. Otros instrumentos, como el recurso de inaplicabilidad de ley en sede nacional y los fallos plenarios de Cámara, coadyuvan a perfeccionar dicho cometido por fueros y circunscripciones, lo que guarda especial interés en cuestiones interpretativas de la normativa federal que la Corte pueda considerar intrascendentes para ser resueltas en su seno. Pero, lo señalamos una vez más, el máximo tribunal conserva al día de la fecha su función de casación para dilucidar en última instancia la correcta interpretación de normas de dicha naturaleza.

d) La Corte Suprema como tribunal de garantías constitucionales. La defensa del 'ius litigatoris' a cargo de la CSN (función axiológica).

Finalmente, debe recordarse una tercera misión de la Corte Suprema, que se apoya fundamentalmente en la defensa del *ius litigatoris* y se justifica en la calificación de dicho órgano como un tribunal de *garantías constitucionales*. A partir de dicha premisa, el

⁷⁷⁸ V. CSN, “Fallos” 256:372, “Méndez de Basombrío”, cit., en el que la Corte consideró que, frente a la existencia de un fallo plenario de Cámara sobre la materia controvertida, no correspondía ingresar en el tratamiento de un recurso extraordinario por el que se cuestionaba dicha hermenéutica, ya que la función uniformadora había quedado suficientemente cubierta mediante el recurso de inaplicabilidad de ley vigente en la órbita nacional: “La *jurisdicción extraordinaria acordada a la Corte Suprema por el art. 14 de la ley 48, comprende esencialmente el control de constitucionalidad de las normas y actos de las autoridades nacionales y locales y, además, el ejercicio de la casación federal, que versa sobre la interpretación de las normas y actos federales. Ello no impide que, en determinados ámbitos normativos, el legislador otorgue esa función de casación de las normas federales a un solo órgano jurisdiccional, como ocurre con el art. 14 de la ley 14.236 [...]* Si la cuestión ha sido resuelta por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en fallo plenario, a través de los recursos de inaplicabilidad de ley, no mediando error manifiesto en la decisión ni interés institucional, es improcedente la intervención de la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario. Ello implicaría la superposición de instancias de casación que exceden los fines que requiere la aplicación uniforme del derecho federal, toda vez que ese requisito ha sido satisfecho, en reunión plenaria, por otro alto Tribunal de la Nación” (énfasis agregado). Manteniendo el criterio aludido, aunque acudiendo a las hipótesis de excepción aludidas (error manifiesto o interés institucional) para revisar el sentido de un plenario, v. CSN “Fallos” 311:2242, “Mac Kay Zernik” [1988]).

Si bien dicha doctrina no ha sido mantenida con posterioridad (v. CSJN “Fallos” 325:2652 “Orketrich” [1997]; 327:2842, “Quadrum” [2004]; 329:335 “Tazzoli” [2006]), la razón de dicha pérdida de peso no parece responder a razones constitucionales, sino más bien a que el criterio de marras importaba desconocer el texto de la ley 48, que le atribuye a la Corte la atribución de intérprete final de la legislación federal. Es decir, que puede considerarse subsistente de la doctrina de la causa “Méndez de Basombrío” la afirmación según la cual el legislador podría en el futuro conferir la potestad de casación federal *infraconstitucional* a un órgano diverso de la Corte Suprema, sin que por ello se contraríen principios reconocidos en la Ley Suprema.

cuerpo cimero ha desempeñado una titánica y heterogénea tarea “axiológica”, destinada a prevenir y remediar toda clase de lesiones a garantías emanadas de la Constitución Nacional, labor cuyo ícono más difundido se encuentra en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

No es difícil advertir el nexo de esta variante de actuación del alto cuerpo, con su papel de custodio e intérprete final de la Carta federal, al que nos hemos referido inicialmente (*supra*, ap. b). Es decir, que el examen de la “arbitrariedad” de una sentencia es, en definitiva, un análisis de la constitucionalidad del fallo en sí mismo considerado; por lo que la Corte también actúa en estos casos como guardián de la Ley Suprema en su aplicación al caso concreto (o, más precisamente, al decisorio que le pone fin).

Sin embargo, lo que distingue a la función analizada en este párrafo, es la prioridad que se asigna a la preservación de los derechos subjetivos de la parte afectada por la lesión constitucional (*ius litigatoris*), frente a la más genérica misión de fijar reglas de hermenéutica constitucional que impactan directa o indirectamente en la comunidad.

Así, por ejemplo, al amparar a quien se ve perturbado por una sentencia arbitraria y conculcatoria de la garantía del debido proceso (vg., por haber sido rechazada su pretensión o defensa, mediante una decisión que omite el tratamiento de cuestiones esenciales planteadas en la litis, o que desconoce abiertamente las constancias probatorias de la causa⁷⁷⁹, etc.), la Corte no sienta -en general- una regla de interpretación constitucional que trascienda el interés de los sujetos involucrados en la litis. Desde hace tiempo se sabe que la preterición de elementos de juicio relevantes, sin dar fundamento alguno para ello, constituye una lesión a la garantía establecida en el art. 18 de la Constitución Nacional⁷⁸⁰.

Por lo que, en puridad, el foco de actuación del máximo tribunal en estos casos no se orienta tanto a la determinación de los alcances de dicha cláusula suprallegal, sino más bien al análisis de las particularidades del caso para verificar si se ha dado en la especie una hipótesis que encuadre en la doctrina aludida.

⁷⁷⁹ V. entre muchos, CSN, “Fallos” 312:184 [1989]; 326:3734 [2003]; 328:3864 [2005]; 330:4983 [2007].

⁷⁸⁰ V., por todos, CARRIÓ, Genaro, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo Perrot, 1967, pp. 45-51 y 65-115, quien enuncia a esta causal como la primera de su conocido elenco de hipótesis de arbitrariedad; v. asimismo CSN, “Fallos” 256:24 [1963]; 317:1679 [1994]; 331:1502 [2008], entre tantos otros.

Se trata de una variante de la conocida *función dikelógica* de los superiores tribunales, modulada por el carácter constitucional del control asignado a la Corte. En esta faceta de su actuación, el cimero cuerpo federal es visto como un tribunal de justicia más que, como tal, no puede desconocer las consecuencias valiosas de su obrar en el caso concreto, impidiendo que el tránsito de los ciudadanos ante el servicio jurisdiccional esté signado por la desidia o arbitrariedad.

Claro está que su rol axiológico como tribunal de garantías no implica que vaya a remediar cualquier injusticia, sino aquéllas que, por su gravedad, configuren un apartamiento intolerable de la Ley Suprema. Sin embargo la amplitud y vaguedad de fórmulas utilizadas por la Corte para definir los alcances de la doctrina de la arbitrariedad, la transforman en un resorte versátil e inasible, en el que cualquier litigante (interiorizado en la técnica exigida en esta sede), puede recalar para intentar abrir las compuertas del recurso extraordinario. Es que, como fuera anticipado, *toda injusticia parece tener, a la luz de quien la padece, una causal de arbitrariedad idónea para remediarla.*

En lo que interesa a esta investigación, una de las principales notas diferenciadoras de esta variante de actuación de la Corte, es –como luego veremos– la *ausencia de repercusión general* de la cuestión debatida, lo que le resta “trascendencia” a los efectos del filtro establecido en el art. 280 del CPCN.

e) *La Corte como “cabeza” del Poder Judicial.*

Nuestro máximo tribunal ha acuñado desde hace tiempo la expresión aludida en el epígrafe para referirse a una función de perfiles algo difusos, que le corresponde ejercer por tratarse del más encumbrado exponente de uno de los Poderes del Estado.

En tal posición, se entiende que su misión institucional comprende algo más que juzgar cierto tipo de controversias (por más importantes que ellas sean), extendiéndose a salvaguardar el prestigio, decoro, independencia, eficacia y eficiencia del servicio jurisdiccional.

Claro está que dicha télesis puede ser cumplida por diversos medios de acción, algunos de naturaleza estrictamente política (vg., participar en la elaboración y discusión de proyectos de ley para la mejora del sistema de justicia⁷⁸¹; pronunciarse sobre la

⁷⁸¹ Así, para citar un ejemplo de esta variante de actuación de la Corte vinculado con el objeto de esta investigación, puede recordarse la Acordada CSN, Acordada 44, del 22-IX-1989 por la que, como fuera

adecuación del presupuesto asignado al Poder Judicial para el cumplimiento de sus tareas⁷⁸²; solicitar la modificación de los establecimientos de detención⁷⁸³, etc.), otros de rango administrativo⁷⁸⁴ o disciplinario⁷⁸⁵ y, finalmente, otros de índole jurisdiccional (que es el que más interesa a la presente investigación).

Como puede advertirse sin dificultad, este último supuesto (actuación *jurisdiccional* de la Corte como “cabeza” del Poder Judicial), confluye en gran medida con los roles antes explicados (control constitucional, casación federal, tutela de garantías individuales). Ello así, dado que toda actuación del cimero cuerpo que tienda a resguardar el prestigio e independencia de esta rama de gobierno, desarrollada en casos concretos sometidos a su jurisdicción, termina expresándose, en definitiva, como una variante de interpretación de la Ley Suprema o de normas federales. Así, para citar sólo un ejemplo de esta combinación de roles, cuando la Corte se expide sobre la determinación de los alcances de la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces⁷⁸⁶,

explicado, el alto cuerpo se pronunció institucionalmente respecto de la propuesta de ampliación de sus miembros y reforma del art. 280 del CPCN (que luego se transformara en la ley 23.774).

⁷⁸² V. por ejemplo, las acordadas n° 20/10 (expte. 3328/2010) y 14/11 (Expte. 2113/2011), por las que la Corte fijó respectivamente su presupuesto para los años 2011 y 2012. En lo que interesa al argumento sostenido en el texto, cabe destacar que en el considerando inicial de ambas acordadas, se expresa que: “... corresponde a la Corte en su carácter de cabeza del Poder Judicial de la Nación, establecer la previsión cualitativa y cuantitativa de las erogaciones consolidadas previstas para la jurisdicción ...”.

⁷⁸³ V., en tal sentido, “Fallos” 311:313, en la que, frente a informes y actas elevadas señalando la falta de condiciones elementales de ciertos establecimientos penitenciarios en cuanto a aseo, instalaciones sanitarias y servicio de salud, la Corte (invocando nuevamente su cualidad de “cabeza suprema del Poder Judicial de la Nación”), solicitó al Poder Ejecutivo Nacional que adopte las medidas necesarias en el ámbito de sus atribuciones constitucionales, con el fin de asegurar que las detenciones cautelares y las condenas que se ejecutan en institutos de su dependencia, no se traduzcan en una mortificación mayor que la que deriva de la propia naturaleza de la privación de la libertad.

⁷⁸⁴ Dentro de esta variante de acción, la Corte se ha arrogado, por ejemplo, competencia para producir aquellos actos de gobierno que, como cabeza de poder y órgano supremo de la organización judicial argentina, fuesen necesarios para garantizar la investidura de los jueces nacionales, incluido el juicio sobre la existencia de dicha investidura, en la medida en que ella ineludiblemente lo requiera (CS, “Fallos” 306:72; 313:330 y 1038 [1990]; 319:339 [1996]).

⁷⁸⁵ V., por ej., la invocación del rol de “cabeza del Poder Judicial” como justificativo de la intervención sancionatoria de la Corte en: CSN res. n° 71/07 (Expte. N° 5141/06), del 12-II-2007, en las actuaciones caratuladas “Decano Dr. Alfredo Peralta s/informe (actuación peritos Robles y Alonso)”, en las que el máximo tribunal suspendió preventivamente a un perito, por presuntos actos irregulares en el ejercicio de su función: “La Corte Suprema no puede admitir que se produzcan situaciones que generen inquietudes públicas sobre supuestas irregularidades cometidas por funcionarios o empleados judiciales, que resientan la imagen y la dignidad del Poder Judicial, como órgano encargado de la correcta administración de justicia (Fallos 327:5279). Que como cabeza del Poder Judicial, corresponde al Tribunal preservar la transparencia de la actividad de los miembros que integran este poder del Estado, lo cual motiva la adopción inmediata de medidas en el presente caso”.

⁷⁸⁶ V. CSN, “Fallos” 307:2174, “Bonorino Perú” (1985), en el que se cuestionaba la omisión de actualización de las remuneraciones judiciales frente a la depreciación de la moneda, como una variante de infracción a la garantía de intangibilidad de los salarios judiciales. Se hizo allí expresa alusión al carácter de “cabeza” y “titular” del Poder Judicial, para hacer lugar al reclamo deducido: “La igual jerarquía de la Corte Suprema, con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso, obligan al Tribunal, *en cuanto cabeza y titular del Poder*

además de adoptar una posición que procura la defensa de la independencia del poder del Estado que encabeza, se expide sobre un problema de interpretación de la cláusula contenida en el art. 110 de la Constitución Nacional.

En más de una oportunidad, la invocación expresa de dicha ubicación privilegiada de la Corte entre las autoridades del gobierno nacional, ha desbordado la finalidad de salvaguarda del prestigio, independencia, eficacia y eficiencia del poder judicial, confundiendo con otros cometidos ya examinados (control constitucional, casación de derecho federal).

Dicha superposición puede advertirse ante la decisión de temas de caracterizada repercusión institucional.

Así ocurrió, por ejemplo, con la definición de la constitucionalidad de la legislación de emergencia con la que se buscó paliar la grave crisis financiera desatada en el país a partir de finales de 2001⁷⁸⁷. De la lectura del precedente citado, puede corroborarse que a la Corte le bastaba con advertir que las cuestiones allí articuladas eran típicamente federales (interpretación de las normas de emergencia dictadas por el Congreso y confronte de las mismas con la Constitución Nacional), para ingresar en su abordaje. Sin embargo, la especial repercusión de los tópicos jurídicos a dirimir, permitían fácilmente anticipar que no se ingresaría en dicho debate al sólo efecto de determinar los alcances de la obligación dineraria de un particular. Por el contrario, se encaraba la tarea a sabiendas de que estaba en juego la validez de herramientas de política económica de primera prioridad gubernamental, lo que colocaba a dicho test

Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces, en cuanto es una regla elemental de nuestro derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el Gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente” (fallo cit., consid. 7°).

Otro antecedente destacable en este sentido es la conocida Acordada 20/96 (“Fallos” 319:24) por la que la Corte declaró “inaplicable” la derogación de la exención del impuesto a las ganancias para los jueces, con lo que mantuvo a su respecto la inexigibilidad del tributo, con sustento en el principio de intangibilidad previsto en el art. 110 de la Constitución. De todos modos, hay una notable diferencia entre esta resolución y el fallo “Bonorino Perú”, ya que la Acordada 20/96 no fue dictada en el marco de un “caso” contencioso, lo que en buena medida aleja a esta manifestación institucional de la Corte, del ámbito de sus funciones jurisdiccionales propiamente dichas.

⁷⁸⁷ Ver, en tal sentido, la evocación del rol de “cabeza del Poder Judicial” explicitado por la Corte al introducirse en el estudio de uno de los casos más relevantes por los que dicho cuerpo afrontó la delicada tarea de juzgar la constitucionalidad del cuestionado marco normativo de emergencia (CSN, causa M. 2771. XLI, “Massa, Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/amparo ley 16.986”, sent. del 27-12-2006, “Fallos” 329:5913, consid. 8°): “Que en tales condiciones, corresponde que este Tribunal, como cabeza del Poder Judicial de la Nación y habida cuenta del nítido carácter federal de las cuestiones planteadas en las aludidas causas -que habilita su intervención en los términos del art. 14 de la ley 48- decida de modo definitivo las cuestiones tan largamente discutidas entre los depositantes y las entidades bancarias”.

constitucional dentro de las misiones más elevadas del cuerpo ubicado en el vértice jurisdiccional.

Como síntesis de lo expresado, es posible sostener teóricamente la existencia de un rol autónomo de la Corte Suprema, derivado directamente de su elevada posición en este Poder del Estado, que se centra en la salvaguarda del prestigio, independencia y demás valores cardinales del servicio de justicia. El mismo se manifiesta a través de diversas modalidades de actuación del cimero tribunal (vg., diálogo institucional con las restantes ramas de gobierno, ejercicio de funciones administrativas o jurisdiccionales propiamente dichas). En este último caso, la línea de “emancipación” de la función examinada se diluye en gran medida, al confundirse con la puesta en práctica de sus tradicionales roles de control constitucional, casación federal y preservación de garantías individuales.

f) Heterogeneidad de los roles de la Corte Suprema. Variabilidad de los parámetros. Importancia.

En los apartados precedentes hemos explicado sintéticamente los roles fundamentales que cumple la Corte Suprema en nuestro medio, especialmente cuando actúa en ejercicio de su competencia recursiva extraordinaria, que es la faceta que nos interesa particularmente en esta obra.

Como ha sido puesto de manifiesto, tener en claro dichas metas institucionales constituye un paso inesquivable para la definición del recaudo de la trascendencia previsto en el art. 280 del CPCN. Es que entender el papel que desempeña la Corte en nuestro sistema republicano, permite orientar el poder de selección de causas hacia una tésis más elevada que la mera reducción de trabajo, como es la aplicación de sus esfuerzos en pos de un perfeccionamiento de dichos roles.

Sin embargo, con ser indispensable dicho análisis, no lo es todo.

Cabe resaltar una vez más la necesidad de evitar la confusión en la que caería quien, guiado por la aparente claridad del elenco de funciones de la Corte, afirme simplemente que un caso sería trascendente por el solo hecho de permitir a dicho alto cuerpo desempeñar alguno de los objetivos aludidos (control constitucional, casación federal, resguardo de garantías supraleales de los individuos, etc.). Como se verá, dicha nota es *necesaria*, pero *no suficiente* para definir la trascendencia. La idea fue anticipada a

título introductorio (v. *supra* ap. a]) y corresponde que la desarrollaremos a continuación.

El uso del plural para hacer referencia a los “roles institucionales” del máximo tribunal federal no es casual; por el contrario, resulta significativo en nuestra concepción.

Si detenemos la mirada en los distintos cometidos analizados *supra* (apartados b] a e]), podremos advertir dos tendencias funcionales que pueden contraponerse: i) por un lado, se observan las misiones que atañen al interés de la comunidad y cuentan con repercusión general, al impactar en un grupo relevante de personas directa o indirectamente interesadas en la solución del juicio, pudiendo incluso llegar a afectar las bases mismas del sistema republicano; ii) por el otro, se erige el rol de tutela de las garantías individuales, potencialmente vulneradas en juicio, especialmente (aunque no exclusivamente) a través de la creación pretoriana de la arbitrariedad de sentencias. La puja entre ambas directrices no es novedosa y, con diversas modalidades según el tribunal supremo del que se trate, ha sido observada en diversas latitudes.

En el primer supuesto, se alistan las funciones asociadas con la custodia del *ius constitutionis*: la de actuar como “cabeza” del Poder Judicial, como intérprete final de la Constitución y como órgano de casación de la legislación federal (*lato sensu*).

En el segundo, como fuera expresado, la misión se concentra casi exclusivamente en el *ius litigatoris*, ya que, pese a resguardarse por este medio garantías constitucionales lesionadas en juicio (típicamente, la del debido proceso legal), no llegan a sentarse reglas de interpretación constitucional susceptibles de incidir más allá de las partes comprometidas en la litis (de otro modo se pondría en juego primordialmente el rol primigenio de la Corte como intérprete final de la Constitución, más que la inspección acerca de la aplicación de dichos principios en un caso concreto⁷⁸⁸).

⁷⁸⁸ Varios ejemplos pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte, en los que ésta actuara como verdadero tribunal de garantías constitucionales, pero no sólo a efectos de controlar su aplicación en un caso concreto (como ocurre en general con la doctrina de la arbitrariedad), sino –además– para sentar reglas de hermenéutica supralegal acerca de dichas garantías. Definiciones que trascendieron el interés de las partes sometidas a juicio y fijaron doctrina relevante sobre el contenido de tales cláusulas constitucionales. Así, sólo para mencionar algunos precedentes que en los que se evidencia esta forma de ejercer su misión “garantista” apuntando especialmente al *ius constitutionis*, cabe recordar los conocidos casos “Siri” (“Fallos” 239:459 [1957]) y “Kot” (“Fallos” 241:291 [1958]) [que incluyeron pretorianamente al amparo en el elenco de garantías emanadas directamente de la Ley Suprema]; o la más recientes causas “Casal” (“Fallos” 328:3399) [sobre los alcances del derecho al recurso contenido en el art. 8.2.h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y la inconstitucionalidad de la limitación del recurso de casación a cuestiones de derecho en

Esta diversidad explica las dificultades que enfrenta un modelo que procure examinar la trascendencia de un caso simplemente “midiéndolo” de acuerdo a la entidad que tiene para cubrir alguna de dichas finalidades.

Así, por ejemplo, un asunto en el que se denuncia la existencia de una grave arbitrariedad en el decisorio atacado (vg., por haber desconocido la existencia de defensas idóneas para torcer la suerte de lo decidido, por apartarse intolerablemente de elementos de juicio aportados en la litis, por carecer de defectos de motivación, etc.), puede colocar a la Corte en pleno ejercicio de su rol “garantizador”, evitando que la desidia del tribunal de grado termine siendo la palabra final del servicio de justicia sobre una controversia determinada.

Sin embargo, difícilmente pueda considerarse, en dicha hipótesis, que la definición a adoptarse por la Corte aproveche a alguien más que al recurrente, que busca en este resorte extremo remediar la injusticia padecida. No hay demasiado en dicho obrar que sea propio de la calidad de la Corte Suprema como “cabeza” del Poder Judicial, ni se advierte la presencia de cometidos que requieran del diálogo institucional con los restantes poderes del Estado. Tampoco se sientan reglas de hermenéutica constitucional relevantes, ni se procura uniformar la interpretación dada por los órganos inferiores a normas de derecho federal.

Es por ello que una visión teleológica del concepto de “trascendencia” que se base *exclusivamente* en la idea de acoplar las características de un caso a los roles institucionales de la Corte, termina transformando al supuesto “filtro” en un mecanismo tautológico: como todos los recursos que tienen una fundamentación adecuada⁷⁸⁹ y se basan en la existencia de una cuestión federal (incluyendo allí las

materia penal]; “Llerena” (“Fallos” 328:1491 [2005]) [sobre el sentido de la garantía de imparcialidad del juzgador y la posibilidad de expandir el elenco de causales o motivos de recursación ante “sospechas fundadas de parcialidad”, por más que no estén previstas en la norma adjetiva pertinente]; “Halabi” (“Fallos” 332:111 [2009]) [sobre el alcance de la noción “derechos de incidencia colectiva” prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional, el reconocimiento de los derechos individuales homogéneos dentro de dicha categoría y las condiciones que debe satisfacer un proceso colectivo en ausencia de una norma expresa que reglamente esta vía de enjuiciamiento], etc.

Como fuera anticipado, si bien en este tipo de asuntos, la Corte actúa como “tribunal de garantías”, al establecer reglas generales de interpretación de tales postulados fundamentales, hemos reservado dicha denominación, entre los roles del máximo tribunal, para los casos en los que éste actúa primordialmente en defensa del *ius litigatoris*. Es decir, tutelando al ciudadano que transita el proceso, sin sentar elevadas premisas de hermenéutica constitucional, sino controlando que las garantías de la Constitución sean respetadas en concreto, como ocurre fundamentalmente cuando hace uso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias.

⁷⁸⁹ Descartamos aquellos en los que la insuficiencia o inidoneidad técnica del recurso impone su rechazo sin ulteriores reflexiones, por más que muchas veces se confunda la insuficiencia con la improcedencia,

hipótesis en las que se ataca la sentencia por arbitraria), podrían comprometer el ejercicio de alguna de las funciones más eminentes del cívico cuerpo, ninguno de ellos podría ser considerado “intrascendente”. El art. 280 del CPCN perdería así toda eficacia.

La Corte insiste, de todos modos, en considerar incluidos dentro de los roles propios de su más elevada misión, no sólo la *preservación de la supremacía constitucional y la participación en el proceso republicano de gobierno*, sino también el *resguardo de las garantías fundamentales de los habitantes*. Modernamente incluso, como fuera adelantado (v. *supra*, cap. segundo, par. III, ap. 1]), ha considerado de “trascendencia institucional” la *concentración de su trabajo en aquellas funciones*⁷⁹⁰. Por lo que, el explicado problema de la *tensión de dichas misiones* a la hora de determinar los parámetros sobre los que debería juzgarse la trascendencia de un caso, *no parece poder solucionarse con la simple supresión de uno de tales cometidos* (típicamente, haciendo desaparecer lisa y llanamente a la doctrina de la arbitrariedad de la agenda de la Corte).

Nos encontramos así ante un dilema central: los roles de la Corte son heterogéneos y, si caemos en la tentación de simplificar el discurso sosteniendo que un caso será “trascendente” simplemente cuando su abordaje fonal permita cumplir alguno de dichos cometidos, corremos el riesgo de hacer perder al instrumento de selección su finalidad más evidente: permitir que la Corte se concentre en aquellos temas de primera prioridad para un cuerpo de su jerarquía y descomprima su agenda de asuntos privados de entidad.

Debe, entonces, profundizarse el análisis, para identificar cómo juega el requisito de la trascendencia, de acuerdo con la función institucional que el máximo tribunal es llamado a desempeñar en cada caso.

A tal efecto, desarrollaremos tres aspectos centrales a la hora de determinar la presencia de dicho recaudo. Como veremos a continuación, a nuestro juicio son dos condiciones generales las que deben necesariamente coexistir a la hora de evaluar la importancia de las cuestiones planteadas en un recurso. La primera de ellas, como fuera adelantado, es la correspondencia del mismo con las misiones institucionales del

forzándose la primera para anticipar un resultado fonal desfavorable al recurrente, sin tener que ingresar en tal debate de mérito.

⁷⁹⁰ CSN, “Fallos” 329:2316, “Mendoza”, sent. del 20-VI-2006.

máximo tribunal, de modo que un caso sólo pueda superar este valladar en la medida que un pronunciamiento fondal colocara a aquél en ejercicio de uno de sus roles fundamentales. Ahora bien, como también fue precisado, dicha nota no es suficiente, ya que, si ése fuera el único parámetro, el “filtro” examinado resultaría un instrumento tautológico e inoperante. Por lo que a esa cualidad debe añadirse una segunda condición *sine qua non*: la repercusión general del tema a debatir, entendida como la aptitud para extender sus efectos, directa o indirectamente, sobre una porción relevante de la comunidad (v. *infra*, ap. h]).

El examen aludido dejaría fuera de la competencia apelada de la Corte una importante cantidad de asuntos en los que, pese a plantearse temas propios del ámbito de actuación de un tribunal de garantías, su definición no interesa más que a la parte afectada (*ius litigatoris*). Estos casos, de acuerdo con la tónica seguida, serían sin más intrascendentes, por no cumplir especialmente con la segunda de las cualidades necesarias para sortear la barrera del art. 280 del CPCN.

Sin embargo, como este precepto habilita a la Corte para abordar, según su sana discreción, asuntos intrascendentes (no así –como vimos- para omitir el tratamiento de cuestiones trascendentes), sería posible que aun en estas condiciones aquélla decida pronunciarse sobre su mérito. Ahora bien, para evitar que el criterio a aplicar en este último caso sea sólo el “paladar” del cimero cuerpo, debe también buscarse una serie de parámetros adecuados para guiar al intérprete en esta selección, de modo que pueda superar la sospecha de arbitrariedad con la que habitualmente se descalifica el ejercicio de este poder discrecional. Esos parámetros, como veremos, difieren de los que inciden en la definición de la trascendencia, al apuntocarse en nociones como la verosimilitud de la crítica o la necesidad de tratar tópicos intrascendentes de los que depende el ingreso en cuestiones relevantes.

Veamos entonces estos tres aspectos fundamentales para el estudio de admisibilidad del recurso extraordinario.

g) Primer requisito para definir la ‘trascendencia’: idoneidad del caso para que la Corte cumpla uno de sus roles institucionales (pertinencia institucional).

Lo hasta aquí expresado permite identificar un primer elemento que autoriza a calificar a un asunto como “trascendente” en los términos del art. 280 del CPCN, como

es la aptitud del mismo para que, al ser resuelto en el fondo, coloque al máximo tribunal federal en ejercicio de sus misiones fundamentales. Llamaremos a este elemento “pertinencia institucional”.

Ya han sido expuestos dichos cometidos (control e interpretación en última instancia de la Constitución Nacional; casación federal; custodia de las garantías constitucionales; participación en el “diálogo” republicano como “cabeza” del Poder Judicial) y no cabe aquí que caigamos en reiteraciones superfluas.

Interesa simplemente destacar aquí que un caso no podría superar el valladar del art. 280 del CPCN, por más que la definición del tópico pueda tener alcances en todo el país si dicha labor es ajena a sus misiones institucionales (vg., si se quisiera uniformar la interpretación de una cláusula dudosa de derecho laboral, civil, comercial o penal, en la que los superiores tribunales provinciales hubieran adoptado posturas contradictorias).

Es por ello que el primer efecto (y el más obvio) de la aplicación de esta línea de selección inicial, consiste en dejar fuera de los confines de la competencia apelada de la Corte, a aquellos casos en los que no se planteen cuestiones propias de sus cometidos institucionales. En tales hipótesis, la causal de “intrascendencia” (al igual que algunas variantes de la “insuficiencia”, v. *supra*, ap. 3.3) autoriza a descartar liminarmente y sin motivación los recursos pertinentes.

b) Segundo requisito para definir la ‘trascendencia’: repercusión general de las cuestiones debatidas. Distinción entre trascendencia y gravedad institucional. Trascendencia ‘de los casos’ y trascendencia ‘de las cuestiones’.

Ya se ha explicado la razón por la que el recaudo enunciado en el apartado anterior, si bien es necesario, no resulta suficiente para valorar adecuadamente la trascendencia de un asunto (v. *supra*, ap. f]). En efecto, enfocar exclusivamente dicho análisis en la aptitud del caso para cumplir alguno de los cometidos institucionales de la Corte, termina transformando al instrumento del art. 280 del CPCN en un mecanismo superfluo. Ello así, en resumidas cuentas, dado que todo asunto en el que se articulara con técnica idónea una cuestión federal, llevaría a la Corte a tener que juzgar su mérito (vg., para verificar si se da o no una hipótesis de arbitrariedad, que permita al tribunal ejercer su misión de custodia de garantías constitucionales, etc.). Ello colocaría al

tribunal en similar situación a la que se encontraba con anterioridad a la reforma de la ley 23.774.

Es así que llegamos a una segunda nota necesaria para determinar la relevancia de las cuestiones llevadas a los más altos estrados judiciales del país. Nos referimos a la *repercusión general* de los temas articulados en el recurso extraordinario, exigencia que sólo puede considerarse presente si dichos puntos tienen la *apitud para expandir sus efectos, directa o indirectamente, sobre una porción relevante de la comunidad*.

La definición, obviamente, contiene elementos especialmente indeterminados que tornan difícil lograr un elenco completo de situaciones en las que, infaliblemente, tendrá lugar dicha extensión de la doctrina legal del fallo a dictarse. Sin embargo, es posible precisar ciertas pautas idóneas para concretar ese examen.

Como puede advertirse, la segunda exigencia que aquí se examina para definir la trascendencia de un caso, se apoya en dos elementos centrales: i) la expansión *directa o indirecta* del precedente a sentar y ii) la *relevancia* de la parcela de la sociedad alcanzada por dicha dilatación de los alcances del decisorio. Veamos en qué consiste cada uno de ellos.

i) Al hacerse referencia a la *prolongación “directa” o “indirecta”* de la eficacia o doctrina del fallo, se busca incluir en este recaudo dos hipótesis diversas.

La primera de ellas (extensión “directa”) es la más sencilla de advertir en el caso, dado que se basa en la teoría de los alcances subjetivos de la cosa juzgada. Se dará esta variante cuando el fallo a ser dictado tenga eficacia y autoridad de *res judicata* respecto de un grupo relevante de personas (luego nos dedicaremos a este último punto), sobre quienes el precedente valdrá como mandato ejecutorio o norma de conducta.

Desde el punto de vista del modo en que puede tener lugar dicha virtualidad plurisubjetiva del fallo, la misma quedará igualmente configurada, sea que los integrantes del grupo hayan actuado personalmente en juicio (litisconsorcio, intervención de terceros, acumulación de pretensiones o de procesos, etc.) o que lo hayan hecho “representados” por un legitimado extraordinario, en el ámbito de un proceso colectivo⁷⁹¹.

⁷⁹¹ No es este el lugar de penetrar en la doctrina de la representatividad adecuada, condición fundamental para el ejercicio válido de la legitimación colectiva prevista en diversas disposiciones vigentes en nuestro medio. Remitimos, para un análisis de este capítulo de los procesos colectivos, a GIANNINI, Leandro, “La representatividad adecuada en los procesos colectivos”, en VVAA [OTEIZA, Eduardo: coord.], Bs. As.,

Variantes de repercusión general “directa” pueden encontrarse en algunos precedentes de la Corte. Así, por ejemplo, los dictados respecto de las condiciones de detención en la Provincia de Buenos Aires⁷⁹²; sobre la protección de los enfermos de HIV⁷⁹³; sobre la constitucionalidad de la llamada “Ley Espía” (que imponía las empresas de telefonía y proveedores de internet el almacenamiento decenal del tráfico y contenidos transmitidos por dichas vías, para quedar a disposición de las autoridades judiciales, sin determinar estándares adecuados para prevenir invasiones arbitrarias de la privacidad)⁷⁹⁴, etc.

La segunda hipótesis (“repercusión general indirecta”), se vincula no ya con la eficacia del fallo, ni con la inmutabilidad que adquieren sus efectos al pasar en autoridad de cosa juzgada, sino con la capacidad de expansión de la doctrina legal emanada de aquél. Es que, como bien se sabe, determinados criterios jurisprudenciales emanados de los superiores tribunales tiene un particular efecto ejemplificador o “contagioso”, que transforma a la norma de conducta individual contenida en el decisorio, en una regla abstracta utilizable en casos similares.

Esta conocida virtualidad de los pronunciamientos de las cortes supremas, ha adquirido diversas manifestaciones en el derecho comparado, que llegan en determinados casos a la imposición normativa de su vinculatoriedad (*stare decisis*)⁷⁹⁵. En nuestro medio, en ausencia de una regla explícita de dichas características, mucho se ha debatido acerca de la obligatoriedad de los precedentes del máximo tribunal federal⁷⁹⁶.

Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 179-214; *id.*, “Legitimación en las acciones de clase”, *LL* 2006-E-916 y la doctrina allí citada. V. asimismo OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo “Halabi”?”, en *JA* del 10/3/2010, *LexisNexis* n° 0003/014882, 2010.

⁷⁹² V. CSN, “Fallos” 328:1146, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa ‘Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus’” [2005].

⁷⁹³ CSN, “Fallos” 323:1339 “Asociación Benghalensis” [2000].

⁷⁹⁴ CSN, “Fallos” 322:111 “Halabi” [2009].

⁷⁹⁵ V., para un estudio del estado actual de la cuestión del valor del precedente en los sistemas del civil law y del *common law*, TARUFFO, Michele, “Precedente e giurisprudenza”, en *VVAA: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, pp. 795-810 [con traducción al español de Claudia MARTÍNEZ VALLECILLA y Fernando GANDINI: “Precedente y jurisprudencia”, en *Precedente. Anuario Jurídico*, Cali, Colombia, 2007, pp. 85-99]

⁷⁹⁶ Consíéntase la remisión, entre los numerosos autores que han abordado esta problemática en nuestro ordenamiento, a: SAGÜES, Nestor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, ob. cit., t. 1, § 66-81, pp. 184-204; *id.*, “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *ED* 93-891; BIDART CAMPOS, Germán, “La autoridad del derecho judicial de la Corte Suprema”, *ED* 136-453; OTEIZA, Eduardo, “Reflexiones sobre la eficacia del precedente ...”, cit., esp. pp. 379-386; BIANCHI, Alberto, “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del ‘stare decisis’)”, *ED* (Supl. Derecho Constitucional), del 26-VII-2000; IBARLUCÍA, Emilio A., “Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *ED* del 17-II-2006; SALGADO, José

No es este el lugar de abordar dicha problemática, ya que hacerlo importaría desbordar las finalidades de esta obra. En lo que aquí interesa, basta destacar la coincidencia general en torno a la existencia de *cierto* grado de ejemplaridad o vinculatoriedad (impuesta, para algunos, por motivos constitucionales y, para otros, por más débiles exigencias morales, de economía procesal, etc.). Cualquiera sea la postura adoptada sobre los alcances de la sujeción de los tribunales inferiores a la jurisprudencia de la Corte en nuestro país, lo cierto es que, mientras dichos precedentes sean tomados, al menos, como parámetros relevantes para la decisión de un número significativo de casos análogos, se dará esta aptitud indirecta que define la repercusión general de un asunto.

Puede advertirse así, sin dificultades, que las dos variantes de repercusión general (directa e indirecta), difieren claramente en cuanto a su naturaleza, ya que la primera hace a la eficacia y autoridad del fallo, mientras que la segunda se refiere a la expansión de su doctrina legal. Así, por ejemplo, si una mujer iniciara una acción tendiente a remover los obstáculos legales que le impiden practicarse libremente un aborto, afirmando que dichas limitaciones afectan su derecho a la autodeterminación y a definir su proyecto de vida en los términos del art. 19 de la Const. Nac., la eficacia directa del fallo se concentraría sobre sí misma y sobre la persona por nacer. Sin embargo, la sentencia a dictar por la Corte Suprema en el caso, terminaría indirectamente definiendo un conflicto constitucional de honda repercusión en la comunidad entera, como es el balance entre la protección del derecho a la vida de la persona por nacer y el principio de tutela de la privacidad, intimidad y autodeterminación *lato sensu*⁷⁹⁷. El criterio que allí se siente, por ende, será pasible de

María, “La obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema”, en VV.AA. FALCÓN, Enrique (Director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, 2010, t. II, pp. 783-899.

⁷⁹⁷ Entre los tantos ejemplos que pueden citarse de repercusión general indirecta (es decir, de decisión de casos que sólo atañen inmediatamente a un sujeto particular, pero que sientan guías de conducta para una porción relevante de la comunidad o incluso de la comunidad entera), puede traerse a colación el fallo dictado por el cintero cuerpo federal *in re* “Arriola” (“Fallos” 332:1963 [2009]). En él, la Corte se expidió nuevamente (v., anteriormente, CSN “Fallos” 300:254, “Colavini”; 308:1392 [1978], “Bazterrica”; 313:1333 [1986]; “Montalvo” [1990]) sobre la temática de la penalización del consumo de drogas y la discusión constitucional relativa a la posibilidad de que el Estado persiga criminalmente a quienes incurran en tenencia de estupefacientes con finalidades privadas ajenas a la comercialización, sobre la base del principio de autodeterminación y proscripción de injerencias arbitrarias en la vida privada (art. 19, Const. Nac.; 11.2, Convención Americana de Derechos Humanos).

Otro ejemplo claro en la órbita del derecho privado fue la zaga de precedentes vinculados con la constitucionalidad de la legislación de emergencia sancionada luego de la crisis económico-financiera desatada a partir de 2001, que impactó decisivamente sobre la casi totalidad de los contratos vigentes (v., entre otros,

reeditarse en una infinidad de asuntos en los que incluso el máximo tribunal no tendrá –por lo general- posibilidad material de pronunciarse oportunamente, en razón del limitado espacio temporal en el que, por obvias razones, este tipo de controversias pueden resolverse útilmente.

Cabe cerrar este primer aspecto de la exigencia aludida, señalando que el impacto al que se hace referencia, sea directo o indirecto, debe tener un *suficiente grado de concreción*. Ello así, para evitar la *frecuente confusión* entre la *repercusión general* de las cuestiones planteadas en el recurso y la *difusión periodística* de un caso, categorías claramente diferenciables.

Cierto es que muchos de los procesos que toman estado público a través de los medios de comunicación, lo hacen precisamente por tratarse de temas que atañen a una porción relevante de la sociedad. Pero ello no es necesariamente así, dado que –como es sabido- el interés mediático puede provenir de razones absolutamente diversas al interés de la comunidad. El más elemental de los ejemplos de esta distinción se da con la difusión pública de aspectos propios de la vida privada de las personas, que si bien despiertan la curiosidad de múltiples consumidores de dicha clase de información, pudiendo generar incluso profundas polémicas “mediatizadas”, no conciernen concretamente a valores profundos de la comunidad, como para que el caso judicial que hubieran suscitado merezca traspasar las compuertas de la Corte Suprema.

Otro ejemplo, menos extremo y que con más frecuencia da lugar a yerros, parte de la indebida confusión entre la repercusión general *de un caso* y de las *cuestiones* planteadas en el mismo, que llegan a la Corte para ser dirimidas. El art. 280 del CPCN no dispone analizar la trascendencia de los *casos* llevados a esta instancia, sino de las “*cuestiones*” articuladas en el recurso extraordinario. Es así que una infinidad de litigios

los pronunciamientos dictados por la CSN *in re* “Massa” –“Fallos” 329:5113 [2006]-; “Longobardi” –“Fallos” 330:5345 [2007]-; “Rinaldi” –“Fallos” 330:855 [2007]-; “Fecred” –“Fallos” 331:1040 [2008]-, etc.).

También, siguiendo con precedentes relativamente cercanos en el tiempo, puede citarse el conocido caso “Badaro” (“Fallos” 330:4866 [2007]), en el que luego de considerar irrazonable la limitación a la garantía de la movilidad previsional prevista en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, fijó ciertos parámetros para remediar positivamente la omisión del legislador. Lo hizo para el caso concreto, aunque sabiendo que su pronunciamiento tendría un impacto ostensible para la inmensa litigiosidad que había generado dicho contexto normativo. La repercusión general “indirecta” del fallo (es decir, el balance entre el esperable impacto de su decisión para casos análogos y la aclaración de la eficacia directa individual de las pautas de ajuste previstas en el decisorio) puede verse sugerida en el considerando 23° de la mayoría: “... en cuanto a la *proyección de la presente decisión sobre la numerosa cantidad de pleitos en los que se debaten controversias similares*, cabe recordar que las consideraciones expuestas en el presente fallo en torno al ajuste de la prestación del actor por el período reclamado *se limitan únicamente al caso concreto reseñado*: ese es el acotado ámbito de debate traído en esta oportunidad a conocimiento del Tribunal”.

que genuinamente poseen auténtica repercusión general (incluso por encima de la mera difusión periodística), pueden llegar al máximo tribunal para dirimir aspectos accesorios o circunstanciales, ajenos a la *ratio* por la que los mismos involucran a la comunidad (vg., costas, honorarios de los letrados patrocinantes, etc.).

En síntesis, la diferencia entre trascendencia y repercusión mediática es bastante clara y no debería llevar a mayores confusiones, por más que se haya advertido que -en ciertas oportunidades- el órgano decisor no las distinga adecuadamente⁷⁹⁸.

ii) El segundo elemento que, como como fuera adelantado, cabe tener en cuenta para juzgar la repercusión general de un asunto, es el *grado de impacto* que las cuestiones articuladas adquieren en la comunidad. El problema a dirimir en este punto es el de la *extensión de la parcela del grupo social* que debe estar interesada (directa o indirectamente, como vimos) en la temática abordada en la litis.

Nuevamente se trata de un estándar que carece de reglas aritméticas infalibles, por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque aun cuando el grupo afectado o beneficiado por la decisión pueda estar lo suficientemente definido en sus rasgos generales de pertenencia, sus miembros concretos muchas veces permanecerán en el anonimato, siendo posible sólo obtener elementos estadísticos que permitan cuantificar sus integrantes⁷⁹⁹. En segundo lugar, porque incluso si dicha identificación personal

⁷⁹⁸ Ejemplos de esta confusión han sido señalados por algunos de los autores que han dedicado sus esfuerzos al estudio de la gravedad institucional, ámbito en el que también se ha procurado destacar que la difusión periodística no importa necesariamente afectación a valores básicos de la comunidad. La disidencia de los Dres. LEVENE (h) y MOLINÉ O' CONNOR en la causa "Veira" ("Fallos" 315:2056 [1992]), puede ser tomada como un ejemplo de exteriorización de posiciones discrepantes en el seno de la CSN sobre la diferencia entre ambas categorías (la minoría advirtió allí la imposibilidad de confundir la gravedad institucional con la repercusión mediática que el caso tenía a consecuencia de la pública notoriedad del deportista imputado en el caso).

La Corte, de todos modos, ha dejado aclarado, al menos como regla a seguir, que tales calidades no son fungibles: "Debe rechazarse la invocada gravedad institucional basada en la repercusión periodística del asunto, si no se advierte que se encuentren afectados principios de orden social y lo decidido vaya más allá del interés personal del apelante" (CSN, "Risso, Carlos -juez de primera instancia en lo penal de Instrucción de Melincué- s/ solicita se arbitren los medios para proceder al desafuero del doctor Carlos Andrés Fraticelli", sent. del 3-X-2002, "Fallos" 325:2534 [se trataba del pedido de desafuero de un magistrado que había sido imputado por el grave homicidio de su hija menor incapacitada, asunto que atrajo la atención de los medios de todo el país]). En similar sentido: CSN, "Fallos" 329:4783, "Vargas" [2006]; v. asimismo la aludida disidencia de los Dres. LEVENE [h] y MOLINÉ O' CONNOR en la causa "Veira", en el que la mayoría de la Corte revocó una sentencia que condenaba a un conocido ex futbolista y director técnico de primera división, mientras que, en la discrepancia de los jueces citados en primer término, se proponía la desestimación del recurso por tratarse de cuestiones de hecho y prueba, agregando que "la gravedad institucional no puede ser confundida con la repercusión periodística dada al caso en que un delito es imputado a una persona de notoriedad pública" (CSN, "Fallos" 315:2056 [1992]).

⁷⁹⁹ Imagínese el supuesto, no poco habitual, de un proceso colectivo destinado a impugnar un aumento tarifario en los servicios de telefonía pública o de subterráneos. Los alcances directos de la decisión que

fuera posible (es decir, si se tuviera el elenco exacto de los componentes del grupo comprometido en la cuestión a dirimir), el concepto de “relevancia” de la parcela de la comunidad interesada, seguiría siendo obviamente indeterminado. Caemos aquí en uno de los aspectos de la noción de “trascendencia”, en los que la problemática de la textura abierta del lenguaje se hace más patente.

Así, en cada caso, cabría indagar sobre el grado de extensión de la porción social involucrada en la temática debatida. Los ejemplos se multiplican hasta el infinito, replicando interrogantes del estilo: ¿el juicio sobre la constitucionalidad de una reglamentación atinente exclusivamente a un grupo de habitantes (por ejemplo, los docentes de colegios privados, los integrantes de las fuerzas de seguridad o de las fuerzas armadas, los enfermos oncológicos, etc.), afecta a una parcela “relevante” de la comunidad? ¿Y la determinación del sentido de dicha normativa (casación de derecho federal) y no ya de su validez constitucional? ¿Qué diríamos de una cuestión constitucional o de interpretación de normas federales, planteada en una causa medioambiental que sólo afecta a los habitantes de un municipio, de una Provincia o de una región?

Cabe advertir que no es frecuente encontrar dilemas jurídicos que impacten de modo directo o potencial en todos y cada uno de los integrantes de la comunidad. Si así fuera (vg., actuación de la Corte frente a la declaración del estado de sitio en todo el territorio nacional o ante la existencia de actos de fuerza que atenten contra el orden institucional y el sistema democrático –art. 36, Const. Nac.-, o frente a medidas que involucren la subsistencia de recursos naturales esenciales del país, la adecuada percepción de la renta pública, afecten la libertad de expresión de medios periodísticos de alcance nacional, etc.), ninguna duda cabría respecto del cumplimiento del estándar ahora analizado (repercusión “general”).

beneficie a los usuarios, cuyos derechos se tutela en juicio a efectos de que se deje sin efecto la modificación del cuadro tarifario y se restituyan las sumas percibidas, difícilmente puedan ser identificados, aun en la etapa de liquidación de la sentencia (supuesto para el que incluso existen mecanismos de *fluid recovery* sobre el que nos hemos explayado en otro lugar; v. GIANNINI, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Platense, 2007, pp. 186-187; *id.*, “Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma”, en VVAA “Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma”, [Coord.: BERIZONCE, Roberto O.], *Aportes para una justicia más transparente*, La Plata, Platense, 2009, pp. 105-169, esp. p. 146). En lo que aquí interesa, basta el ejemplo para evidenciar el inconveniente aludido en el texto asociado con la determinación de la trascendencia de un asunto; esto es, la dificultad de lograr, a tales efectos, una definición exacta de la parcela de la comunidad interesada en una controversia.

Ahora bien, no cabe descartar la presencia de esta recaudo, por el sólo hecho de que dicho alcance totalizador esté ausente en un caso determinado. Es por ello que nos venimos refiriendo al parámetro de la “pluralidad relevante de personas” y no a la “comunidad en su conjunto”, para definir este aspecto del recaudo de la trascendencia en el recurso extraordinario.

En realidad, la distinción entre uno y otro estándar (“pluralidad relevante” y “conjunto integral de la comunidad”) debería ser lo que determine, respectivamente, la presencia del recaudo de *trascendencia* o la aplicación de la histórica doctrina de la *gravedad institucional*. Compartimos, en efecto, la opinión de quienes diferencian las nociones de trascendencia y de gravedad institucional, como género y especie; es decir, considerando que toda hipótesis encuadrada en la segunda categoría pertenece necesariamente a la primera, pero no a la inversa⁸⁰⁰.

Bien entendida, la teoría de la gravedad institucional sólo debería servir para poner en movimiento potestades excepcionales de la Corte Suprema (vg., para sortear ciertos requisitos de admisibilidad como el de la sentencia definitiva, el tribunal superior de la causa *–per saltum–* o el de la fundamentación autónoma), en los casos en que efectivamente se encuentren en juego temas de honda repercusión en todo el grupo social. Mientras que, en asuntos en los que esté comprometido un grupo relevante de personas, más no la comunidad entera, el máximo tribunal debería abstenerse de acudir a dicha doctrina excepcional, aunque obviamente dando por satisfecho el recaudo de la trascendencia y admitiendo el embate, siempre que se encuentren presentes los restantes requisitos para la apertura de la competencia apelada de la Corte⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ V. en tal sentido, MORELLO, *La nueva etapa del recurso extraordinario ...*, ob. cit., pp. 163-165; GUASTAVINO, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Rocca, Bs. As., 1992, t. I, p. 453; PALACIO, *El recurso extraordinario federal*, ob. cit., p. 215; TRIBIÑO, *El recurso extraordinario ...*, ob. cit., p. 203.

⁸⁰¹ Se ha puesto en duda la claridad de esta distinción en la jurisprudencia de la Corte, que en más de una oportunidad ha hecho uso de la herramienta de la gravedad institucional para resolver temas que, en palabras de SAGÜÉS, sólo revestían “interés comunitario parcial” (v. SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, ob. cit., t. 2 p. 284).

En alguna oportunidad, el alto cuerpo consideró configurada una hipótesis de “gravedad institucional” por la circunstancia de que “el tema exceda el mero interés de las partes y afecte a un *sector importante de la comunidad*” (CSN, “Fallos” 330:4001, “Bezzi” [2007]). Siguiendo dicho parecer, la diferencia propuesta en el texto para distinguir los presupuestos de aplicación de las nociones de “trascendencia” y “gravedad institucional”, parecería esfumarse. De todos modos, cabe advertir que –a nuestro juicio– lo que la Corte resolvía en ese caso (alcances de la legislación sobre “pesificación” de las obligaciones), no era un mero reclamo de alcances indirectos “grupales”, sino una cuestión de las que el referido autor rosarino califica como “macropolítica” (SAGÜÉS, *ob. cit.*, t. 2, p. 285), como lo fue la interpretación y validez constitucional de diversos aspectos de la legislación de emergencia destinada a paliar los efectos de la extensa crisis económica, financiera y política desatada en el país a fines del año 2001.

i) Cuestiones intrascendentes, discrecionalidad y verosimilitud. El 'certiorari' y la doctrina de la arbitrariedad.

Hemos previamente distinguido dos aspectos definitorios del requisito de la trascendencia en los términos del art. 280 del CPCN, considerando –en resumidas cuentas- que el mismo tiene lugar siempre que: i) las cuestiones a dirimir sean propias de los cometidos institucionales de la Corte (pertinencia institucional); y ii) posean repercusión general (extensión directa o indirecta a un grupo relevante de personas o, en otras palabras, a una parcela significativa de la comunidad).

Como puede advertirse sin demasiada dificultad, la segunda de las exigencias aludidas dejaría fuera del ámbito de conocimiento del máximo tribunal todos aquellos asuntos en los que, pese a tratarse de temas que aquél sigue considerando como propios de sus cometidos más elevados, sólo atañen al *ius litigatoris*. Siguiendo las premisas antes desarrolladas (v. *supra*, ap. d), ello ocurre especialmente (aunque no de modo exclusivo) con su actuación como tribunal de garantías individuales, función a través de la cual la Corte no siempre llega a establecer líneas generales de interpretación de tales postulados constitucionales, sino que, muchas veces, sólo vela por su respeto en concreto. Así, por ejemplo, cuando deja sin efecto sentencias arbitrarias por carecer de fundamentación (violando así un corolario por demás conocido de la garantía del debido proceso y del sistema republicano, como es el deber de motivar las decisiones jurisdiccionales) o que omiten argumentos dirimientes para dar adecuada solución a la litis. En tales hipótesis, la Corte no sienta criterios relevantes para casos futuros; por el contrario, los temas aludidos se encuentran –en general- algo trillados y el citado tribunal se limita a verificar su vulneración en un caso puntual.

En esta variante de actuación, por ende, predomina la custodia de los intereses subjetivos de las partes en conflicto y no de grupos relevantes de la comunidad. A

No obstante las dudas que genera la aplicación de la doctrina de la gravedad institucional en la dinámica de la Corte, puede considerarse, en términos generales, que la distinción sostenida en el texto entre “trascendencia” y “gravedad institucional” es avalada por dicho cuerpo. En tal sentido, la CSN ha señalado que un caso puede ser jurídica y económicamente “trascendente” sin por ello presentar una cuestión que afecte “principios de orden social vinculados con instituciones básicas del derecho”: “...[L]a alegada trascendencia económica y jurídica del litigio no alcanza para configurar un supuesto de gravedad institucional, ya que no aparece fehacientemente demostrado que lo decidido pueda afectar principios del orden social vinculados con instituciones básicas del derecho que autoricen a prescindir de los recaudos formales y sustanciales de la apelación intentada” (CSN, “Fallos” 332:466 [2009]).

consecuencia de dicha prevalencia, las cuestiones abordadas quedan privadas de repercusión general y, por consiguiente, de trascendencia, pudiendo ser obviado su tratamiento con la sola aplicación del art. 280 del CPCN.

Ahora bien, limitar el discurso a dicha conclusión, implicaría dejar incompleto el estudio de la problemática asociada al citado instrumento de selección. En efecto, como fuera advertido, el precepto de marras permite a la Corte, según su sana discreción, abordar discrecionalmente temas carentes de trascendencia. No podrá, por este medio, relegar el tratamiento de tópicos relevantes, pero sí penetrar, según su recto parecer, en asuntos que no cuenten con dicha nota (v. lo expresado sobre el punto *supra*, ap. 2).

Es aquí que –como vimos- entra a jugar el poder discrecional propiamente dicho del alto cuerpo, para decidir cuáles de los casos que llegan a sus estrados, pese a estar privados de trascendencia, de todos modos superarán el filtro del art. 280 del CPCN. A tales efectos, para respetar el postulado de igualdad en la selección de marras, sin afectar las posibilidades materiales de trabajo del máximo tribunal, es dable identificar alguna clase de parámetro que lo guíe en dicha tarea.

En tal sentido, ha sido precisado que esta forma de discrecionalidad (“sana”), no permite a la Corte “hacer lo que quiera”, sino fijar su propia agenda. En otros términos, la norma omite toda parametrización legal, autorizando generosamente al cimero cuerpo, a determinar qué pautas utilizará para proceder a la selección de las causas. Por ello, una vez definidos con amplia libertad dichos patrones (sea de modo interno, sea a través de su reglamentación por vía de acordada o incluso dejándolos exteriorizados en un fallo al que se pueda acudir como precedente⁸⁰²), no correspondería un apartamiento arbitrario de aquéllos. Cabría, por el contrario, su aplicación en concreto para decidir cuáles de los asuntos que carecen de repercusión general (por afectar primordialmente al *ius litigatoris*), serán, de todos modos, escuchados por el órgano ubicado en el vértice de la jurisdicción.

Por lo que, el interrogante a responder, puede ser sintetizado del siguiente modo: ¿qué parámetro de selección permitiría a la Corte abordar asuntos que, pese a

⁸⁰² No interesa, en esta parcela del discurso, que nos detengamos nuevamente en la problemática de la transparencia aplicada al proceso de selección de casos por parte de los superiores tribunales. Ya hemos señalado que una mayor información ciudadana sobre este proceso redundaría, en varios sentidos, en beneficio del sistema. De todos modos, en lo que respecta al tópico desarrollado en el texto, nos basta con destacar la necesidad de que existan parámetros para ejercitar en dicha tarea, independientemente de las vías para que la comunidad los conozca.

estar comprendidos dentro de sus funciones institucionales, carecen de repercusión general, respetando -en paralelo- los postulados de coherencia e igualdad de trato, por un lado, y de eficiencia en la administración de sus recursos, por el otro?

Entendemos que, ubicados en este lugar, ya no es posible encontrar respuestas asociadas al estándar de la trascendencia. Es decir, que no resulta adecuado pretender discriminar, entre los asuntos “intrascendentes”, aquellos que son absolutamente banales y los que “no lo son tanto”, para propugnar que sólo estos últimos pasen el umbral del art. 280 del CPCN a través del ejercicio discrecional examinado. Una vez que el caso se ha mostrado intrascendente, por no afectar a una parte significativa de la comunidad, debe adoptarse otro criterio de selección, más eficiente y ajustado a la finalidad por la que se puede justificar que una corte suprema ingrese excepcionalmente en este tipo de materias.

Dos parámetros imperan fundamentalmente en esta instancia del examen (es decir, una vez reconocida la intrascendencia de los temas a abordar y lanzados a buscar pautas que permitan determinar qué casos pueden ser admitidos por el órgano superior).

El primero es el de la *verosimilitud* del planteo o *perspectivas reales de éxito* de la impugnación. En esta línea de pensamiento, cuando en múltiples recursos extraordinarios se denuncia la grave conculcación de una garantía constitucional (usualmente mediante la doctrina de la arbitrariedad), predominando en ellos la defensa del *ius litigatoris*, la Corte sólo puede justificar ingresar en algunos casos y no en otros, sobre la base de la razón que *prima facie* le asiste el quejoso.

El segundo criterio es el de la posibilidad de abordar *cuestiones* intrascendentes planteadas en *casos* relevantes, cuando dilucidar las primeras sea imprescindible para resolver los segundos. Se trata de un factor adicional, perfectamente compatible y complementario del anterior (verosimilitud de la impugnación), aunque basado en una regla de actuación diversa. No se trata sólo de indagar en las perspectivas de éxito de la impugnación (vg., qué tan evidente es la arbitrariedad denunciada), sino en la necesidad de revisar un tema “intrascendente” contenido en la decisión (vg., determinar si el *a quo* se ha apartado de las constancias probatorias de la causa), para estar en condiciones de resolver una cuestión relevante (por ej., la inconstitucionalidad de una reglamentación que especifica las condiciones necesarias para acceder a una prestación asistencial, por

resultar discriminatoria⁸⁰³). Remitimos sobre esta pauta a lo expresado *infra*, capítulo sexto, par. V, ap. 3.2.f).

Otra forma de selección afectaría el principio del trato igualitario o dificultaría irrazonablemente el cumplimiento de sus tareas por parte de los jueces de la Corte. En efecto, dado que todos los asuntos en los que no se defiende una prerrogativa que interese directa o indirectamente a una porción relevante de la comunidad, son igualmente intrascendentes, escoger unos en perjuicio de otros sin motivo alguno o por mero voluntarismo, podría alterar el postulado del art. 16 de la Constitución Nacional. Y, por el contrario, admitir todos los embates en los que se plantee (con técnica adecuada) una cuestión constitucional de tales características, obviamente tampoco resulta una solución, por más que implique tratar a todos del mismo modo. La ya señalada amplitud de las fórmulas que autorizan a aplicar la doctrina de la arbitrariedad, hace que, con la habilidad propia de quien conoce estos caminos, cualquier injusticia vivenciada por los litigantes pueda ser encuadrada en sus limbos. Con lo que, de este modo, se estaría colocando a la Corte Suprema en una posición de colapso incompatible con el adecuado ejercicio de su misión institucional.

Es por ello que, entre los diversos criterios por los que la Corte podría sistematizar el ejercicio de su poder de selección en asuntos carentes de repercusión general, los estándares de “verosimilitud” y de “necesidad de resolver un tema intrascendente para abordar tópicos relevantes”, aparecen como criterios que permiten reducir la sobrecarga de tareas, sin mengua del principio de igualdad.

No es sorprendente que, a primera vista, los operadores se muestren desanimados frente a un parámetro como el de la verosimilitud del recurso extraordinario, que se muestra como el más importante de los criterios de selección aludidos. Es que permitir que el alto cuerpo formule un análisis previo sobre las perspectivas de éxito de la queja, para que, en caso de ausencia de “color”, la denuncia de arbitrariedad pueda ser descartada liminarmente y sin más fundamentación que la cita del art. 280 del CPCN, implica evaporar en este ámbito los confines de la clásica distinción entre admisibilidad y procedencia.

⁸⁰³ Un ejemplo de esta línea de pensamiento puede encontrarse en el caso “Yapur” (CSN, “Fallos” 332:1616 [2009]), sobre el que oportunamente volveremos en el lugar al que se remite en el texto.

Una crítica de este calibre sería atendible, y no tenemos más réplica a la misma que afirmar la instrumentalidad de los conceptos, como dispositivos destinados al análisis y superación de la realidad. En otras palabras, al acudir a una categoría como la de la verosimilitud, como parámetro que permita utilizar con coherencia y eficacia la potestad discrecional de la Corte de pronunciarse en asuntos intrascendentes, queda desteñida la histórica distinción entre admisibilidad y fundabilidad de la impugnación. Ello así, dado que en la fase destinada a la evaluación de una condición de admisibilidad (como la trascendencia del recurso) entra a jugar un estándar aproximado al examen de procedencia, como es la valoración del acierto de la crítica fondal. El hecho que esta evaluación de mérito sea *prima facie* (lo que la diferencia de la valoración fondal propiamente dicha) no es óbice para admitir, en la tesitura que sostenemos, un cierto avance sobre materias tradicionalmente consideradas ajenas a esta fase liminar del recurso.

Sin embargo, mantenemos la necesidad de utilizar esta categoría en la especie, aun a sabiendas de dicho óbice técnico. Es que, en ausencia de otro parámetro que permita articular un ejercicio sano y rendidor de la discrecionalidad acordada por el art. 280 del CPCN, la evaluación de la verosimilitud de la queja se presenta como un estándar adecuado para justificar la decisión del máximo tribunal de tratar cuestiones que sólo atañen al *ius litigatoris*, sin hacer lo mismo con otras en las que se denuncia la violación de la misma garantía.

No habría en ello una conculcación al principio de igualdad, ya que se está tratando del mismo modo a casos que cuentan con similares características (son '*prima facie*' atendibles). Tampoco sería irrazonable o discriminatorio el patrón de distinción utilizado, ya que encontraría justificativo en la necesidad de preservar la eficiencia en el cumplimiento de los roles institucionales de la Corte, sin alterar el principio de igualdad⁸⁰⁴. En esta concepción, la infracción del postulado previsto en el art. 16 de la

⁸⁰⁴ Sabido es que el principio de igualdad establecido en el artículo 16 de la Const. Nacional (conf. asimismo arts. 1.1 y 24, Convención Americana de Derechos Humanos; 2, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7, Declaración Universal de Derechos Humanos; 11, Const. Pcial.) implica fundamentalmente la necesidad de tratar de igual modo a quienes se encuentran en las mismas condiciones, impidiendo al legislador la introducción de distinciones carentes de razón justificada, es decir, arbitrarias (CSN, "Fallos" 329:4349 y 5567; 330:4445; *id.* causa B.43.XLIII, "Bianchi", sent. del 2-III-2011, etc.).

Sobre la legitimidad del criterio de distinción aludido en el texto (la verosimilitud de la crítica o la patencia del vicio denunciado), es de recordar que la Comisión Europea de Derechos Humanos hace tiempo consideró válido que los Estados parte de dicho sistema de protección transnacional, limiten el acceso ante los

Constitución Nacional sólo tendría lugar si, frente dos casos con la misma apariencia de buen derecho, el cimero cuerpo decidiera ingresar sólo en uno.

Es esta lectura la que justificaría la afirmación vertida en más de una oportunidad por la Corte, al pronunciarse acerca del sentido que cabe otorgar a la decisión que desestima un embate por aplicación del dispositivo examinado. Recordemos una vez más esas palabras:

“El rechazo de una apelación federal con la sola mención del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [...] no implica confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida, sino que importa, en cambio, que la Corte ha decidido no pronunciarse sobre la presunta arbitrariedad alegada, *por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción en debido proceso*”⁸⁰⁵ (énfasis agregado).

Como puede advertirse, en la fórmula de marras está contenida la posición explicada en este párrafo: la verosimilitud es el estándar con el que la Corte ejercerá en cada caso su potestad discrecional de entender en asuntos en los que sólo esté en juego el interés de las partes en conflicto. Por ello es que se refiere a la denuncia de “arbitrariedad”, que constituye la hipótesis más frecuente de custodia del *ius litigatoris* ante dichos estrados.

Cuando el recurrente señala semejante vicio en un decisorio jurisdiccional, está afirmando la lesión de una garantía suprallegal, pero la tutela reclamada no prolongará sus efectos directos o indirectos hacia un grupo relevante de personas; y, por ello, carecerá de “trascendencia”. En tal supuesto, el máximo tribunal anuncia, a través de la citada doctrina, que no se pronunciará sobre el tema a menos que encuentre en la causa “elementos que tornen manifiesta la frustración del debido proceso”. O, en nuestras

superiores tribunales, teniendo en cuenta factores como las “chances de éxito” del recurso (v. Comisión EDH Comisión EDH, Caso *Onendeno c. France*, requête n° 18441/91, decisión del 2 de marzo de 1994, en el que se sostuvo: “toda vez que la ley nacional [se refiere a la ley del 31 de diciembre de 1987 que introdujo el “procedimiento de admisión” [filtro] ante el Consejo de Estado] subordine la admisibilidad de un recurso a una decisión por la cual la jurisdicción competente declare que el recurso plantee una cuestión de derecho muy importante y que *presente chances de éxito, puede ser suficiente que esta jurisdicción se limite a citar la disposición legal que prevé tal procedimiento*”). Criterio luego ratificado por la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH, Caso *Société Anonyme Immeuble Groupe Kossler c. France*, requête n° 38748/97, decisión del 9 de marzo de 1999; en el mismo sentido v. Corte EDH, 2° sección, *Latournerie c. France*, requête n° 50321/99, decisión del 10 de diciembre 2002) [v. *supra*, capítulo tercero, párrafo VI, ap. 5.3.3)].

⁸⁰⁵ V. CSN, “Fallos” 322:3217 [1999]; 323:86 [2000]; 325:2431 [2002]; 327:5448, 5395 y 5817 [2004]; 330:496 y 1759 [2007].

palabras: a menos que encuentre elementos para considerar que la crítica deducida es verosímil, resulta *prima facie* atendible, tiene perspectivas reales de éxito, etc.

Al fijar dicha pauta, repetimos, no está valorando la mayor o menor trascendencia del caso, sino que está definiendo cómo ejercerá sus potestades de selección respecto de tópicos intrascendentes. Lo hará aplicando una vara absolutamente diversa a la de la relevancia de un asunto: juzgará la patencia del vicio sentencial o, su contracara, la aparente fundabilidad de la queja.

Es en este punto donde se termina encontrando algún viso de explicación, para la variante calidad de asuntos abordados por la Corte año a año. En efecto, al verificar en la jurisprudencia de dicho cuerpo la existencia de pronunciamientos sobre tópicos de nula repercusión general, prestigiosa doctrina ha entendido que no existen parámetros identificables respecto del poder de selección analizado, pareciendo imperar, por el contrario, una subjetividad carente de rumbo⁸⁰⁶. Sin embargo, al identificar el parámetro de la verosimilitud como elemento central para decidir qué casos privados de trascendencia suprerarán el valladar del art. 280 del CPCN, el control de consistencia en el ejercicio de este poder discrecional de la Corte se torna más complejo. Ya no basta con estudiar los casos resueltos en el año y preguntarse “¿cómo puede ser que la Corte haya resuelto una controversia tan intrascendente y, a la par, haya dejado afuera otras que parecen tener mayor envergadura?”. Lo que debe examinarse es si, dentro de la extensa gama de casos intrascendentes que llegaron a la Corte durante dicho período (e independientemente de que sean “más o menos irrelevantes”), fueron tratados de modo equivalente aquéllos en los que se presentaba análoga patencia y gravedad en el vicio denunciado (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 4).

En síntesis, cuando un asunto desciende por debajo del umbral de la trascendencia (es decir, no cumple con los dos presupuestos explicados *supra*, aps. g] y h]), la Corte comienza a ejercer sus potestades discrecionales propiamente dichas. Es decir que, en tales condiciones, el legislador le permite fijar abiertamente su agenda y determinar sus prioridades. Pero para que dicho ejercicio sea “sano”, consistente y respetuoso del principio de igualdad, debe definir los parámetros de selección que

⁸⁰⁶ V. OTEIZA, Eduardo, “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin rumbo preciso”, cit., *pássim*; v. asimismo HÉRCULES, “La sala discreción de la Corte viola el principio de igualdad”, en JA 2005-II-785; VITALE, Gustavo, “Indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ...”, cit., esp. p. 1248.

utilizará a tales efectos, ámbito en el que el máximo tribunal se encuentra claramente en deuda.

Sin perjuicio de dicho silencio, es necesario encontrar algún factor que equilibre los diversos valores en juego a la hora de ejercitar la potestad discrecional de decidir cuáles de los casos que no están dotados de trascendencia, serán resueltos en el fondo. En dicha definición, interesa en primer lugar advertir que sólo será posible admitir, a través de esta licencia discrecional, aquellos casos que posean pertinencia institucional, aunque no gocen de repercusión general. En segundo término, es de destacar que el parámetro dominante en la definición de los asuntos intrascendentes que serán escuchados por la Corte, es el de la verosimilitud. Es decir, que a los fines de la admisión discrecional de marras, la Corte no “mide” los recursos intrascendentes según que sean más o menos relevantes, sino teniendo en cuenta el carácter manifiesto de la lesión denunciada. Cuanto más grave, ostensible, patente sea la arbitrariedad denunciada, más chances tendrá de ser oída ante la última instancia jurisdiccional del país.

Finalmente, el parámetro complementario que hemos tenido en cuenta, es el de la necesidad de dirimir cuestiones intrascendentes para resolver temas relevantes, criterio que, junto con el de la real perspectiva de éxito (o verosimilitud) de la impugnación, constituyen los estándares más adecuados para poner en ejercicio el único poder estrictamente discrecional que el art. 280 del CPCN le confiere a la Corte Suprema.

j) ¿Puede el ‘certiorari’ ser utilizado como instrumento para ‘definir’ el rol institucional de la Corte (y no sólo para concentrar su actividad en los roles ya determinados)?

Una última observación se impone para culminar con el análisis de los parámetros que rigen el mecanismo de filtro ideado en nuestro régimen federal.

Hasta aquí hemos examinado un primer aspecto de la lectura teleológica o finalista del ‘certiorari’ nacional, deteniéndonos en dicho dispositivo como un instrumento para concentrar los limitados recursos humanos y materiales del máximo tribunal, en aquellos temas que sean propios de su diseño institucional y que cuenten con repercusión general.

Es decir, que el estudio de la tésis del ‘certiorari’ quedó centrada en su aptitud para la consecución de *roles predeterminados* por la Constitución y las leyes que reglamentan sus competencias y atribuciones, teniendo especialmente en cuenta el modo en que dicho marco normativo ha sido sucesivamente interpretado por la Corte Suprema, para terminar precisando sus cometidos fundamentales.

Ahora bien, existe un segundo aspecto dentro de la visión teleológica de los instrumentos de selección de los superiores tribunales, que no ha sido desarrollado en plenitud en los apartados precedentes, y que no debería ser descuidado si se quiere tener una visión completa de la potencialidad del dispositivo estudiado. Nos referimos a la capacidad del ‘certiorari’ no ya exclusivamente para enfocar la agenda del cimero cuerpo en las misiones que el ordenamiento le ha conferido, sino para *definir* dichos roles, asignando prioridad a unos sobre otros y dejando fuera de su ámbito de actuación cuestiones que la ley ha incluido dentro de sus atribuciones.

No se trata de reeditar el debate sobre el impacto del art. 280 del CPCN en la doctrina de la arbitrariedad o cualquier otra hipótesis en la que el control constitucional o nomofilaxis federal se concentren exclusivamente en el *ius litigatoris*. Esta fase del problema ha sido examinada en el apartado anterior, al estudiar la problemática de la potestad discrecional que le confiere el citado precepto adjetivo, para abordar temas federales intrascendentes (o carentes de repercusión general).

Lo que intentamos definir aquí es si, en el supuesto que los casos dotados de las condiciones necesarias para ser considerados trascendentes (pertinencia institucional y repercusión general) fueran cuantitativamente superiores a la capacidad de la Corte para abordarlos adecuadamente, ésta podría seleccionar entre aquéllos, los que considere de mayor relevancia. En otras palabras: si, por razones funcionales, la Corte no pudiera siquiera tratar correctamente las cuestiones trascendentes ¿podría seleccionar entre ellas? ¿Es posible asignar jerarquías entre los asuntos trascendentes, permitiendo así no sólo que la Corte *se concentre* en sus cometidos, sino que *los defina*?

La idea de la jeraquización de las misiones institucionales de la Corte puede encontrar reflejo en su propia jurisprudencia. Así, dentro de las funciones nomofilácticas y uniformadoras del derecho federal, históricamente se ha expresado una preferencia clara de su rol de intérprete final de la Constitución, frente al ejercicio

de la casación federal infraconstitucional ⁸⁰⁷. Más modernamente, como fuera anticipado, ha incluso considerando de “trascendencia institucional” enfocar su atención en la *preservación de la supremacía constitucional*, el *resguardo de las garantías fundamentales de los habitantes y la participación en el proceso republicano de gobierno*.

Es decir, que sería posible encontrar, aun dentro de los roles del máximo tribunal vinculados con temas de potencial repercusión general, algunos que objetivamente han sido privilegiados frente a otros. En la primera categoría, encontramos a la interpretación de la Ley Suprema, a la defensa de las garantías fundamentales de los ciudadanos y a la actuación institucional de la Corte como cabeza del Poder Judicial; mientras que en el segundo escalón se ubicaría la función de casación infraconstitucional (vg., interpretación de leyes, decretos y reglamentaciones de índole federal; desconocimiento de autoridades ejercidas en nombre de la Nación, siempre obviamente que no ponga en juego la subsistencia del régimen representativo, republicano y federal, hipótesis en la cual el caso se transformaría en uno de aquellos ubicados en la cúspide del interés institucional del alto cuerpo).

En tales condiciones, es dable colegir que tales roles “preferidos” gozarán de mayor predicamento a la hora de definir la trascendencia de las cuestiones planteadas en el recurso.

Lo hasta aquí expresado, de todos modos, no termina de responder el interrogante formulado. Ello así, dado que aun cuando pueda encontrarse cierta graduación entre los temas que gozan de pertinencia institucional y repercusión general, sigue en pie la pregunta acerca de si dicha diferencia podría justificar un uso del ‘certiorari’ que permita a la Corte desestimar recursos “trascendentes”, con el argumento de que sólo está en condiciones materiales de responder a planteos de una magnitud calificada, especial o extraordinaria.

Para responder a este interrogante, debe recordarse una vez más que el art. 280 del CPCN, si bien permite a la Corte ingresar discrecionalmente en casos “intrascendentes”, no la habilita a desestimar asuntos trascendentes. Por lo que, a nuestro juicio, la posibilidad de elegir sólo los casos más relevantes entre los que

⁸⁰⁷ V. en tal sentido las reiteradas alusiones de la Corte a su función de intérprete final de la Constitución como su rol “más eminente” (CSN, “Fallos” 328:3586 [2005]; 329:3184[2006]; 330:4090 [2007]; 331:549 [2008]; 332:2504 [2009], etc.).

cumplen con las dos condiciones estudiadas (pertinencia institucional y repercusión general), no está autorizada en nuestro régimen.

Ello no significa, de todos modos, que el ‘certiorari’ argentino sólo permita a la Corte enfocarse en los roles institucionales estáticamente fijados en el período 1853-1863 (fechas de sanción de la Constitución Nacional y de la ley 48), ni que el art. 280 del ordenamiento adjetivo impida al máximo tribunal definir dinámicamente su perfil institucional. Es que la interpretación de los conceptos que definen la trascendencia de un asunto (especialmente, la repercusión general de las cuestiones debatidas), así como la potestad discrecional de atender cuestiones intrascendentes, constituyen un marco lo suficientemente flexible como para que la Corte organice su agenda y actualice sus prioridades a la evolución de los tiempos, sin necesidad de agregar un nuevo paso dentro del proceso de selección analizado.

En síntesis, el ‘certiorari’ previsto en nuestro régimen federal, es un instrumento especialmente adecuado para que la Corte concentre sus esfuerzos en los cometidos institucionales para los que fue diseñada por la Constitución y las leyes. Dicha finalidad se abastece mediante la depuración de su agenda de asuntos que carecen de pertinencia institucional o de repercusión general. Sin perjuicio de ello, la flexibilidad de los parámetros con los que se mide la trascendencia, así como la posibilidad de atender (según su sana discreción) cuestiones privadas de dicha nota, transforman a este mecanismo en un instrumento que no sólo sirve para enfocar su atención en roles estáticamente predeterminados, sino para *definir* dichos objetivos, atendiendo, con fina sensibilidad, a la dinámica de los cambios políticos, económicos y sociales de la comunidad.

4) ¿Se trata de requisitos de admisibilidad?

a) Indagaremos en este apartado acerca de la naturaleza de los recaudos cuya ausencia permite a la Corte aplicar el art. 280 del CPCN para desestimar el recurso extraordinario. Interesa determinar en definitiva si la suficiencia, sustancialidad y trascendencia son requisitos de admisibilidad de esta vía impugnativa y, en su caso, qué efectos tiene tal definición.

Así, para acudir a algunas de las consecuencias más conocidas de la identificación de un recaudo como de admisibilidad (o de “procedencia formal”

siguiendo terminología tantas veces utilizada por el alto cuerpo federal), es de recordar que tal nota viene frecuentemente asociada a: i) la posibilidad de ser analizada y decidida su presencia, en un caso determinado, por el *a quo* (órgano condedente del recurso extraordinario en el régimen adjetivo vigente, art. 257, CPCN)⁸⁰⁸; ii) la devolución del depósito previsto en el art. 286 del ordenamiento adjetivo nacional para el recurso de queja, en caso de resultar la misma acogida por haber sido mal denegado el embate federal por el inferior (art. 287, cód. cit.) es decir: por el sólo hecho de resultar éste admisible, independientemente de su acierto fondal; iii) la imposibilidad del *ad quem* de actuar sobre la sentencia (vg., revocándola, modificando sus alcances, etc.), por carecer de competencia para ello, en caso de resultar el recurso inadmisibles⁸⁰⁹.

Hay quienes han intentado dar una respuesta general al dilema planteado, considerando que la aplicación del ‘certiorari’ equivale a la declaración de inadmisibilidad (o “improcedencia formal”) del recurso.

Entre los autores que se pronuncian en tal sentido, LUGONES⁸¹⁰ introduce un argumento interesante, pero que debe ser sometido a un escrutinio mayor. Dicho autor se apoya en la circunstancia de que el ‘certiorari’ no sólo esté previsto para el recurso extraordinario, sino también para el de queja por denegación del primero (art. 285 del

⁸⁰⁸ Veremos con posterioridad que esta nota depende exclusivamente de las reglas de trámite previstas en cada ordenamiento, por lo que no es una característica que acompañe necesariamente (aunque sí lo haga frecuentemente) a los recaudos de admisibilidad.

⁸⁰⁹ Una situación heterodoxa en este sentido puede encontrarse en el divulgado caso “Clarín” (CSN, causa G. 456. XLVI, “Grupo Clarín y otros S.A. s/Medidas cautelares”, sent. del 5-X-2010), en el que la Corte, pese a considerar inadmisibles el recurso deducido por el Estado en contra de la medida cautelar dictada por la justicia de grado que había suspendido la aplicación de la llamada “cláusula de desinversión” prevista en el art. 161 de la “ley de servicios de comunicación audiovisual” n° 26.522 (usualmente conocida como “ley de medios”), pareció limitar temporalmente los alcances de la misma, para que la cláusula legal de marras no quede *sine die* aguardando la suerte final del pleito.

El pronunciamiento no es del todo claro en el punto. Baste para ello con leer el considerando 7° del voto de la mayoría, en el que se explica la necesidad de “armonizar” el “criterio de la falta de sentencia definitiva aplicable al caso” con “otra regla tradicional de esta Corte, que el tribunal de grado deberá tener en cuenta, y que consiste en que la medida cautelar no debe anticipar la solución de fondo ni desnaturalizar el derecho federal invocado”, agregando que resultaba “conveniente la fijación de un límite razonable para la vigencia de la medida cautelar”, lo que podría ser concretado tanto por el tribunal de grado (*ex officio* o a pedido de parte).

Pese a la claridad de lo así expresado, en la parte dispositiva del fallo la Corte se limitó a desestimar el recurso, sin modificar la sentencia en el sentido indicado, con lo que el considerando 7° podría ser leído como una “advertencia” *al a quo*. Si por el contrario, se interpretara que los pasajes aludidos importaron una modificación del decisorio en crisis, la solución sería técnicamente cuestionable (más allá de su visible sensibilidad política, teniendo en cuenta la extensa discusión pública desatada en torno a la norma en cuestión), ya que toda revisión o modulación de una sentencia por el órgano superior, demanda la existencia de un recurso admisible, que es el que en definitiva abre su competencia para pronunciarse sobre el mérito. Por lo que, si el recurso es inadmisibles, como sucedió en el caso (ya que la CSN desestimó el embate por no tratarse de una sentencia definitiva y por no encontrarse en juego una cuestión federal suficiente), toda mutación de la sentencia por parte del superior importa un exceso jurisdiccional.

⁸¹⁰ LUGONES, Narciso, *Recurso extraordinario*, ob. cit., pp. 396-397.

CPCN). En el recurso de queja, como es sabido, sólo se analiza la admisibilidad del recurso extraordinario, quedando la procedencia para una fase posterior (la sentencia de mérito). Por lo que la posibilidad de aplicación del ‘certiorari’ en dicha vía de impugnación directa confirmaría –a juicio del destacado publicista- que las causales del instituto se refieren a recaudos de admisibilidad, únicos que pueden ser estudiados al resolver una queja.

El argumento es interesante, pero merece un análisis más detenido.

Es que la heterodoxia en la que cae el instituto del ‘certiorari’ es susceptible de impactar en varias de las nociones tradicionales de la teoría de la impugnación, como la idea de que la queja sólo sirve para analizar requisitos de admisibilidad. Es cierto que cuando alguien se alza contra una decisión del *a quo* que declaró inadmisibile el remedio federal, está procurando cuestionar la valoración que el tribunal inferior hizo respecto de los clásicos recaudos formales que permiten despejar el tránsito ante la Corte. Ahora bien, de ello no se deriva que el legislador esté impedido de otorgar a la CSN la potestad de analizar, al momento de resolver la queja, no sólo los aspectos de admisibilidad propios de la tarea de revisión del auto de concesión del *a quo*, sino además algunos otros aspectos que no necesariamente ingresen en aquella categoría de recaudos. Es decir, que por el sólo hecho de que la Corte esté autorizada a pronunciarse sobre determinados aspectos de la impugnación al momento de resolver la queja, no se deriva necesariamente que tales elementos constituyan recaudos de admisibilidad del recurso. El legislador podría, por ejemplo, indicar que algunas hipótesis de procedencia o improcedencia fonal manifiesta del embate, sean analizables liminarmente, amplificando el clásico rol para el que la queja se encuentra usualmente diseñada (es decir: como instrumento de revisión de recaudos de admisión).

Por lo que, en definitiva, la naturaleza de las causales del ‘certiorari’ deberá ser examinada en cada caso, según sus propias notas definitorias. A ello dedicaremos los párrafos subsiguientes.

b) Al abordar los alcances de la noción de “cuestiones federales insustanciales”, anticipamos algunos aspectos centrales del problema de encuadramiento de las causales del ‘certiorari’. En dicha oportunidad, el interrogante servía para definir si el *a quo*, al examinar la admisibilidad del recurso extraordinario, puede denegarlo por entender que el tema ha sido resuelto por una jurisprudencia constante de la Corte Suprema, sin que

el quejoso aporte argumentos serios para modificar ese rumbo. Remitimos a lo allí expresado sobre el tema (v. *supra*, ap. 3.2.d]).

c) En cuanto a la categoría de la “insuficiencia”, cabe recordar que la misma se despliega en dos grandes grupos de hipótesis, según ha sido explicado oportunamente (v. *supra*, ap. 3.3]): por un lado, las diversas falencias técnicas y argumentales de la pieza impugnativa y, por el otro, la ausencia de relación directa e inmediata de la cuestión federal involucrada.

En el segundo caso, la deficiencia que motiva el rechazo recae sobre uno de los tradicionales recaudos de admisibilidad del recurso extraordinario (relación directa e inmediata), por lo que indudablemente puede ser detectado por el *a quo*. De todos modos, al pronunciarse sobre la ausencia de este requisito, el tribunal inferior debe expedirse de modo circunstanciado, ya que –como fuera anticipado– dicho judicante no puede hacer uso del art. 280 del CPCN (es decir, que no puede rechazar el embate con la sola cita del precepto, resorte que sólo puede aplicar la Corte Suprema).

Más complejo es el caso de la insuficiencia técnica del recurso, propiamente dicha, ya que, en gran medida, el análisis de la calidad de los argumentos desplegados por el quejoso para lograr la revocación de la decisión ha sido frecuentemente asociada a la fase de fundabilidad del recurso, por lo que su examen ha sido ordinariamente asignado al *ad quem*.

Ahora bien, cuando de la lectura de la pieza impugnativa se advirtiera no ya una discutible calidad de los fundamentos del recurso, sino directamente la ausencia de ataque de argumentos del fallo idóneos para mantenerlo en pie, la deficiencia en cuestión afecta el recaudo formal de la fundamentación autónoma y -por ello- debe ser considerado como un déficit de admisibilidad que impide su concesión. La Acordada 4/07, brinda un argumento corroborante de esta categorización, ya que no sólo impone al quejoso (entre otras exigencias adjetivas) refutar “todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión” relacionadas con las cuestiones federales articuladas (art. 3, inc. d], Acord. cit.), sino que autoriza al *a quo* y a la Corte a desestimar las presentaciones que incumplen con dicha reglamentación (art. 11, *id.*).

Por lo que, en definitiva, queda ratificada la idea de que las dos variantes principales de “insuficiencia” a la que refiere el art. 280 del CPCN como motivo para la

aplicación del llamado ‘certiorari negativo’ (ausencia de relación directa, déficits argumentales del recurso), recaen sobre condiciones de admisibilidad. Como tales, pueden ser declaradas por el *a quo* (como hemos visto: dando las razones pertinentes) y, en tal caso, transformarán a la actuación en “inoficiosa” (conf. art. 11, Acord. cit.) lo que -sabido es- incide en la posterior regulación de honorarios profesionales.

d) La hipótesis de “intrascendencia” es la que da lugar a mayores vacilaciones.

Mientras algunas voces autorizadas han considerado que, a partir de la sanción de la ley 23.774 (1990) la trascendencia constituye un recaudo de admisibilidad del recurso extraordinario⁸¹¹, otros importantes estudiosos entienden que el art. 280 del CPCN no ha elevado al requisito en cuestión a tal categoría⁸¹².

La opinión de SAGÜES, a cuyo parecer la relevancia del caso no ha sido transformada en una verdadera condición de admisibilidad, parte de la ya recordada interpretación del precepto de marras, según la cual la sana discreción autorizada a la Corte sólo se aplica a la desestimación o concesión de recursos intrascendentes. Es decir, que la norma autorizaría al máximo tribunal a tratar embates sin relevancia institucional, en uso de dicho flexible poder de selección, aunque no a omitir el abordaje de tópicos que gozan de dicha cualidad. Por ello, considera el jurista rosarino que la trascendencia no resulta un recaudo de admisibilidad, dado que, en nuestro sistema, la Corte estaría autorizada a decidir discrecionalmente ingresar en casos irrelevantes.

Como puede advertirse, el argumento del destacado publicista se afina en la letra del art. 280 del CPCN, que permite al máximo tribunal expedirse en asuntos privados de trascendencia, interpretación que hemos compartido en lo sustancial (v. *supra* ap. 2). Sin embargo, a nuestro juicio, ello no es suficiente para alterar la naturaleza del recaudo en cuestión. En efecto, el hecho de que la Corte pueda sortear (discrecional o reglamentado) un requisito previo exigido para resolver el fondo del asunto, no transforma la calidad del mismo como condición de admisibilidad del recurso.

⁸¹¹ V. entre quienes consideran que la “trascendencia” de las cuestiones deducidas constituye un presupuesto de admisibilidad del recurso extraordinario federal: GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “¿Es la República Argentina un Estado violador de los derechos humanos en virtud del art. 280 del CPCN?”, *JA* 2003-I-1325.

⁸¹² SAGÜES, Nestor P., “El ‘writ of certiorari’ argentino (las reformas de la ley 23.774, respecto al recurso extraordinario)”, en *LL* 1990-C (sección doctrina), p. 717.

Si lo que define a esta última categoría es la fijación de presupuestos exigibles para abrir la competencia del *ad quem* a efectos de permitirle un pronunciamiento de mérito, la trascendencia de la cuestión no puede ser vista sino como un recaudo de admisibilidad. Ello así, dado que el examen respectivo no conlleva juzgamiento alguno acerca del acierto de la crítica deducida ni de la legitimidad de la sentencia atacada, aunque puede ser exigida su presencia para habilitar el tránsito del caso ante la más elevada instancia. En otras palabras, simplemente se trata de verificar los presupuestos legales impuestos para que la Corte pueda expedirse sobre dicha materia fondal que –repetimos- permanece ajena a la valoración establecida en el art. 280 del CPCN.

Es por ello que la posibilidad de que el alto cuerpo se expida en casos de menor repercusión general (atribución que –como fuera adelantado- parece surgir del texto de la citada disposición), no modifica la naturaleza del recaudo de la “trascendencia”: se trata de una condición de admisibilidad que puede ser exceptuada en ciertas circunstancias valoradas discrecionalmente por el juzgador. Algo parecido ocurre, por ejemplo, con otro clásico recaudo de admisibilidad, como es la definitividad de la sentencia, que no deja de ser tal por el hecho de que históricamente la Corte haya hecho excepción del mismo en hipótesis de gravedad institucional⁸¹³.

Tampoco es dirimente el hecho que la valoración de la trascendencia del asunto sea exclusiva de la Corte y quede excluida de las potestades reconocidas al *a quo* a la hora de conceder el recurso extraordinario. El legislador puede determinar qué condiciones de admisibilidad son analizadas por el tribunal inferior y cuáles son definidas por el superior. En tal organización, podría disponer que el *ad quem* examine todas las condiciones de admisibilidad (diseño seguido en los sistemas en que el recurso se interpone directamente ante dicha sede, como ocurre en los EEUU y en algunas provincias argentinas⁸¹⁴) o que, por el contrario, sea el *a quo* el que realice un estudio liminar de tales exigencias de modo total o parcial⁸¹⁵. La sistemática argentina, en

⁸¹³ CSN, “Fallos” 329:440 y 2532; 330:1076, etc. No se nos oculta que el ‘certiorari’ y la gravedad institucional tienen connotaciones diversas, pero se asemejan ciertamente en el punto abordado en el texto: de la circunstancia que un recaudo del recurso extraordinario pueda ser “discrecionalmente” dejado de lado no se deduce que deje de ser una condición de admisibilidad de la impugnación que, en caso de no ser sorteada en uso de dicho poder, impida el paso de la causa hacia una resolución de mérito.

⁸¹⁴ Vg., en la Provincia de Buenos Aires, los recursos extraordinarios previstos en materia penal.

⁸¹⁵ En Alemania, por ejemplo, el recaudo del “significancia fundamental” del caso (necesario para acceder al Tribunal Federal de Justicia, BGH), es examinado por el *a quo*, decisión que de ser afirmativa vincula al cimero cuerpo (v. *supra*, capítulo tercero, par. IV, ap. 1)

definitiva, implica consagrar un estudio de admisibilidad parcial a cargo del inferior, ya que una de las condiciones respectivas (la “trascendencia” de las cuestiones deducidas) corresponde exclusivamente a la Corte Suprema. Lo que, cabe reiterarlo, no modifica la naturaleza del recaudo en cuestión, sino el órgano a cargo de su determinación.

Es de señalar finalmente que la terminología utilizada por la Corte parece confirmar dicha naturaleza del recaudo analizado, de acuerdo con la repetida fórmula estereotipada de desestimación a la que hemos hecho referencia oportunamente y cuyo análisis será retomado en el apartado siguiente: “Que el recurso extraordinario es *inadmisibile* (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, se lo desestima”.

5) Motivación de la resolución.

La temática de este apartado consiste en determinar los alcances de la motivación exigida para aplicar el art. 280 del CPCN en un caso determinado.

Se trata de una problemática vigente en la totalidad de los regímenes comparados estudiados, y que también se hará presente cuando examinemos el esquema vigente en la Provincia de Buenos Aires. En líneas generales, dominan los sistemas basados en la ausencia casi total de fundamentación, verificándose ciertas variantes en algunos regímenes en los que añade alguna referencia adicional en la resolución respectiva, sea por imposición legal -como ocurre en el sistema de la Provincia de Buenos Aires- o por razones estrictamente culturales de la praxis del superior tribunal respectivo.

La letra del precepto procesal aquí estudiado, seguida a pie de juntillas por la Corte, no deja demasiadas dudas acerca de la opción escogida: basta con la sola cita de aquél como única *ratio* de la desestimación, sin que deba siquiera indicarse por cuál de los motivos previstos en la norma se adopta dicha decisión.

La escueta fórmula, aplicada masivamente por la Corte para denegar los embates deducidos ante sus estrados sobre la base del dispositivo examinado, es bien conocida:

“Buenos Aires [fecha]. Vistos los autos: [carátula]. Considerando: Que el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, se desestima el recurso extraordinario planteado. Con costas. Notifíquese y devuélvase”.

Como puede verse, la ausencia de motivación es casi absoluta, ya que el decisorio sólo se abastece con la cita legal del citado precepto adjetivo.

En más de una oportunidad se ha planteado ante la Corte la invalidez constitucional de esta forma de decidir, especialmente mediante pedidos de revocatoria interpuestos contra este tipo de decisiones⁸¹⁶. Sin embargo, dichas tentativas sólo han servido para que al alto cuerpo refuerce su posición, afincándose en que la norma no le exige fundamentación alguna para resolver de este modo:

“El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación menciona los motivos que autorizan a la Corte Suprema a desestimar la queja por aplicación de dicha norma, cuando el Tribunal hace uso de esa facultad lo hace según su ‘sana discreción’ y *no tiene el deber de fundar la sentencia*” (énfasis agregado)⁸¹⁷.

Algunos proyectos de ley han intentado atenuar el rigor de la norma en cuestión, pero -como fuera explicado (v. *supra*, par III, ap. 7)- tampoco tuvieron acogida y casi todas perdieron estado parlamentario sin tener siquiera tratamiento en la cámara de origen. De ahí que al día de la fecha se mantenga el régimen original, por el que se considera suficiente la sólo cita legal para aplicar el ‘certiorari’ negativo.

Ya ha sido aclarado que, a nivel comparado, esta clase de previsiones han superado el test de convencionalidad del sistema europeo de protección de los derechos del hombre⁸¹⁸. Sin perjuicio de ello, cabe nuevamente advertir la posibilidad de introducir variantes mediante las cuales, sin afectar sustancialmente las posibilidades funcionales del máximo tribunal, pueda aproximarse la aplicación práctica de la citada previsión, a otros principios inspiradores de la Constitución Nacional y de los tratados

⁸¹⁶ Para el análisis de la problemática constitucional de la limitación del deber de fundamentación de este tipo de resoluciones judiciales, remitimos a lo expresado *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 3.

⁸¹⁷ CSN, causa M. 2059. XLII, “Mohana”, sent. del 12-VI-2007.

⁸¹⁸ “Toda vez que la ley nacional subordine la admisibilidad de un recurso a una decisión por la cual la jurisdicción competente declare que el recurso plantee una cuestión de derecho muy importante y que presente chances de éxito, *puede ser suficiente que esta jurisdicción se limite a citar la disposición legal que prevé tal procedimiento*” (Comisión EDH, Caso *Ouendeno c. France*, requête n° 18441/91, decisión del 2 de marzo de 1994). Por su parte, la Corte EDH ha validado en más de una oportunidad el uso de fórmulas breves y dogmáticas como la utilizada en Francia tanto para la casación contencioso administrativa (ante el Consejo de Estado), como para la civil y penal (ante la *Cour de Cassation*) [v. *supra*, cap. VI, ap. 5.3.e].

internacionales, como el de transparencia (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, esp. ap. 3.4).

Remitimos, por ende, a dicha parcela de la investigación, para evitar reiteraciones innecesarias.

6) Quid del ‘certiorari’ positivo.

6.1) Introducción. Aclaración terminológica.

Uno de los temas que se han planteado en torno a la dogmática del art. 280 del CPCN, es el de la inclusión, dentro de los poderes atribuidos a la Corte por dicho dispositivo, de una variante “positiva” de ‘certiorari’, que le permita no ya desestimar asuntos privados de trascendencia, sino admitir –según su sana discreción- embates carentes de otras condiciones de admisibilidad, pero que portan tópicos relevantes a dirimir.

Como veremos, el dilema se planteó desde los primeros momentos de vigencia del citado precepto legal, en los que la mayoría de los integrantes de la Corte terminó pronunciándose por la afirmativa, en postura que no compartimos.

Una clarificación terminológica se impone antes de seguir adelante con el análisis de esta variante del instituto examinado. Cuando nos referimos al ‘certiorari’ positivo, estamos aludiendo a un mecanismo que permite a la Corte hacer excepción a los presupuestos de admisión de la impugnación federal, sobre la base de la trascendencia de las cuestiones involucradas en la litis. Nos parece mejor reservar la fraseología en cuestión exclusivamente para este fenómeno y no, como ha sido sugerido por otros autores, extenderla también para aludir a la simple “contracara” del análisis de trascendencia negativo. Nos explicamos.

Algunos destacados publicistas se refieren al ‘certiorari’ positivo afirmando (lo sintetizamos) que el mismo tiene lugar simplemente cuando un recurso supera el valladar del art. 280 del CPCN, es decir (permítasenos la doble negación), cuando la Corte “no resuelve declarar inadmisibile (intrascendente) el recurso” y, por ello, le da trámite. Para acudir a las autorizadas palabras de BIDART CAMPOS:

“Normalmente, se ha visto al certiorari del art. 280 como *negativo*. O sea, como herramienta que, a la sana discreción de la Corte, le permite rechazar recursos dentro de su jurisdicción apelada. Fue esta

la primera y más atractiva imagen, para facilitar al tribunal un alivio en la carga abrumadora de causas que intentan alcanzar en él su instancia final. Pero el certiorari negativo, sin perder su sentido, alberga su puesto: *asumir procesos*. En efecto, *lo que no se descarta, se asume y se resuelve, de forma que la primera selección ya implica las dos cosas a la vez, es decir, rechazar y, en la medida en que no se rechaza un recurso, darle acogida para decidirlo*” (el último destacado nos pertenece, los restantes corresponden al original)⁸¹⁹.

No es ése el sentido que le daremos en este capítulo al instituto del ‘certiorari’ positivo, sino otro muy distinto, compartido por la doctrina en general, asociado al fenómeno de la admisión excepcional de recursos que carecen de alguno de los recaudos generales de admisibilidad, en razón de su trascendencia⁸²⁰. No se nos escapa que se trata de un debate meramente terminológico, pero como una buena sistematización siempre es útil para la exposición de contenidos, consideramos que la acepción por la que nos inclinamos es la única que permite darle cierta dosis de autonomía e interés al estudio de esta variante de selección. De otro modo, visto como la mera “contracara” del ‘certiorari’ negativo (es decir, si la denominación fuera utilizada sólo para hacer referencia a los casos que simplemente superan el filtro de la “intrascendencia”), no se advierte ningún motivo para abordar el fenómeno independientemente.

6.2) ‘Certiorari’ positivo y gravedad institucional.

⁸¹⁹ BIDART CAMPOS, German, “El certiorari positivo”, ED 156-32. MORELLO parece conferirle similares alcances al certiorari positivo, si tomamos en cuenta la aproximación jurisprudencial que realiza al referirse al mismo (v. MORELLO, Augusto M., *Admisibilidad del recurso extraordinario (el ‘certiorari’ según la Corte Suprema)*, ob. cit., capítulo VI -“La selección mediante el certiorari positivo en materia de arbitrariedad de sentencia”-, pp. 79-89, lugar en el que el autor analiza supuestos en los que la Corte decidiera acoger impugnaciones en las que se invocaba la doctrina de la arbitrariedad, verificando así qué casos superan el valladar de la intrascendencia).

En limitados supuestos la Corte ha aclarado expresamente que un asunto es trascendente como parte del discurso justificativo de la admisión, sin que se utilice dicha conclusión para sortear condiciones formales incumplidas. Así, por ejemplo, en “Fallos” 316:1775 (1993), al señalar que “el remedio federal fue bien concedido pues la recurrente cuestionó la inteligencia del art. 1° de la ley 23.983, y la decisión apelada fue contraria al derecho que aquella parte fundó en dicho precepto. *Por lo demás, el tema objeto de la controversia tiene suficiente trascendencia para justificar la apertura de la instancia de excepción* (arts. 14, inc 3°, de la ley 48 y 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)” (fallo cit, consid. 3°). O al afirmar reiteradamente que “lo atinente a la interpretación de los tratados internacionales suscita cuestión federal de trascendencia a los efectos de esta vía extraordinaria (cfr. art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)” (CSN, “Fallos” 314:1324 [1991]; 322:2926 [1999]; 330:1572 y 2249 [2007], etc.).

⁸²⁰ El uso de la expresión para referirse a la interpretación extensiva del art. 280 del CPCN que habilita a la Corte a conocer recursos privados de alguna condición de admisibilidad, frente a la trascendencia de las cuestiones debatidas, puede verse en SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, ob. cit., t. 2, pp. 451-452; LEGARRE, Santiago, *El requisito de trascendencia en el recurso extraordinario*, ob. cit., p. 23; LUGONES, Narciso, *Recurso extraordinario*, ob. cit. 2° edición, p. 348; PALACIO, Lino E., *El recurso extraordinario federal*, ob. cit., p. 31; BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Bs. As., 2° ed., 2002, t. 2, p. 335; TRIBIÑO, Carlos, “Aspectos sustanciales y formales del certiorari en el recurso extraordinario”, *JA* 2005-III-1358 (esp. p. 1366).

Sabido es que un poder de las características aludidas (superación de los presupuestos clásicos de admisión del recurso extraordinario federal por motivos de especial trascendencia), ha sido históricamente desempeñado, sin norma alguna que lo habilite, a través de la doctrina de la “*gravedad institucional*”⁸²¹.

Mediante dicha creación pretoriana, el máximo tribunal federal incorporó en su cuadro de atribuciones, un primer mecanismo “positivo” de selección, por el que se arrogó el poder de admitir impugnaciones privadas de diversos recaudos de admisibilidad (vg., sentencia definitiva⁸²², fundamentación suficiente del recurso⁸²³, planteo adecuado y oportuno de la cuestión federal⁸²⁴, tribunal superior de la causa⁸²⁵, etc.). Ello así, en la medida en que las cuestiones a decidir “excedan el mero interés individual de las partes, afectando de modo directo al de la comunidad”⁸²⁶ o, acudiendo a otra fórmula tradicional, “superen los intereses de los partícipes de la causa, de modo tal que conmuevan a la comunidad entera en sus valores más sustanciales y profundos”⁸²⁷.

Sin pretender agotar el elenco de hipótesis en las que se ha acudido a este instrumento (tantas veces cuestionado por su amplitud e indeterminación), cabe recordar, entre sus aplicaciones más frecuentes, aquéllas en las se plantean cuestiones en las que estén “comprometidas las instituciones básicas de la Nación”⁸²⁸, la regularidad

⁸²¹ V. BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2º ed., 1991, pássim. V. asimismo, SAGÜES, Néstor P., *Recurso extraordinario*, ob. cit., § 421-305, 279-306; PALACIO, Lino E., *El recurso extraordinario federal*, ob. cit., pp. 267-290; LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, ob. cit., pp. 311-338; MORELLO, Augusto M., *El recurso extraordinario*, 2º ed. [colaboración: Ramiro ROSALES CUELLO], ob. cit., pp. 395-419; SAGÜES, María Sofía, “Recurso extraordinario federal y gravedad institucional”, en VVAA (MANILI, Pablo: coord.) *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Universidad, 2005, pp. 385-421.

⁸²² V. CSN, “Fallos” 323:337; 248:361; 327:1603; 329:2532, entre muchos otros.

⁸²³ V. CSN “Fallos” 313:1638 (en el que la Corte decidió ingresar en un planteo de constitucionalidad que carecía del rigor exigible a dicho tipo de articulaciones, en razón de la “relevante significación institucional” del tema).

⁸²⁴ *Íd.*, “Fallos” 262:41; 300:1102.

⁸²⁵ *Íd.*, “Fallos” 313:863, “Dromi” [1990].

⁸²⁶ CSN, “Fallos” 247:601; 255:41; 290:266; 324:533, etc.

⁸²⁷ *Íd.*, “Fallos” 257:134, “Penjerek”, entre otros.

⁸²⁸ Así, por ejemplo, en supuestos de afectación del principio de separación de poderes (“Fallos” 292:229; 327:46); de la recta administración de justicia (“Fallos” 311:593; 315:2255; 319:1840) o de la organización y funcionamiento de los poderes que integran el Gobierno Federal (“Fallos” 302:742; 303:1041).

También se ha referido la Corte a la salvagarda de la “buena marcha de las instituciones” como hipótesis de gravedad institucional (“Fallos” 324:1225).

de los servicios públicos⁸²⁹, la vigencia de principios y garantías fundamentales⁸³⁰ e incluso la “defensa de valores éticos”⁸³¹.

Como fuera anticipado, con la sanción de la ley 23.774, hubo quienes entendieron que el dispositivo de selección incorporado en el art. 280 del CPCN podía funcionar con similares alcances. Esta concepción no estaba privada de operatividad práctica, ya que para tornarse operativa dicha potestad de admisión excepcional, basada en el citado precepto adjetivo, no sería necesaria la presencia de una cuestión de gravedad institucional, sino que bastaría la “mera” presencia de un tópico trascendente. Con lo que la llamada jurisdicción “discrecional” de la Corte se veía doblemente fortalecida: en primer lugar, ya que quedaba regulada explícitamente tanto para la admisión como el rechazo del recurso extraordinario; y, en segundo término, porque, respecto de la versión positiva del fenómeno analizado, se ampliaba más allá de los alcances que anteriormente había adoptado por vía jurisprudencial (gravedad institucional), tornándose operativa para abrir excepcionalmente su competencia frente a asuntos que, pese a ser “trascendentes”, no llegaran a “conmover a la sociedad entera en sus valores más profundos”⁸³².

6.3) *Jurisprudencia*

La Corte fue progresivamente receptando esta postura durante los primeros años de vigencia de la ley 23.774, a través del voto de algunos de sus integrantes en diversos precedentes, en los que se sostenía dicha interpretación extensiva del precepto de marras⁸³³. El argumento con el que se justificaba este uso “positivo” del instrumento examinado, era el siguiente:

⁸²⁹ Pueden citarse como ejemplos los reiterados supuestos en los que se sorteara el recaudo de la sentencia definitiva, cuando lo resuelto en el caso afecte la regularidad del servicio de transporte de pasajeros (“Fallos” 256:526; 268:126; 283:126; 283:20; 300:88), ferrocarriles (“Fallos” 256:517), agua y energía eléctrica (“Fallos” 246:376; 250:278), teléfonos (“Fallos” 249:119), aeropuertos (“Fallos” 323:337), servicios de comunicación audiovisual (“Fallos” 333:1023), etc.

⁸³⁰ Así, por ejemplo, la inviolabilidad de la propiedad frente a la depreciación del valor de la moneda (“Fallos” 296:228; 297:309; 310:302); la libertad de prensa (“Fallos” 248:651 y 664); principios fundamentales del orden social (“Fallos” 316:3077), como el matrimonio y la familia (“Fallos” 295:376 y 879; 296:22), etc.

⁸³¹ *Íd.*, “Fallos” 248:189 (1960), “Jorge Antonio”.

⁸³² En similar sentido, v. BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, ob. cit., 2º ed., p. 336.

⁸³³ V. sobre el punto, BIANCHI, Alberto – LEGARRE, Santiago, “El ‘certiorari’ en acción [Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia]”, cit., ap. IV; BIDART CAMPOS, Germán, “El certiorari positivo”, *ED* 156-32; LEGARRE, Santiago, “Una puesta al día en materia de certiorari”, en *LL* 2004-A, pp. 1267-1274 (esp. pp. 1271-1273); *íd.*, *El requisito de trascendencia en el recurso extraordinario*, ob. cit., pp. 23-28; TRIBIÑO, Carlos R., “Aspectos sustanciales y formales del certiorari ...”, cit. (esp. pp. 1366-1368).

“[E]l artículo 280 [del CPCN], no debe ser entendido como un medio que sólo consienta la desestimación de los recursos que no superen sus estándares. Si, como ha quedado asentado, aquél constituye una herramienta de selección dirigida a que la Corte posea un marco adjetivo que le haga posible un acabado y concentrado desarrollo de su papel institucional, deberá reconocerse, al unísono, que esa disposición también habilita a considerar admisibles las apelaciones que entrañen claramente cuestiones de trascendencia, no obstante la inobservancia de determinados recaudos formales, a efectos de que el rito de los procedimientos no se vuelva un elemento frustratorio de la eficiencia con que dicho rol debe desenvolverse.

Este aserto, por lo demás, se entronca con una consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales y federales por los eventuales ‘ápices procesales’ que puedan obstaculizarlos [...]”⁸³⁴.

En similares términos se había pronunciado anteriormente el Dr. FAYT:

“Así como el legislador colocó a la falta de trascendencia entre las razones por las que la Corte puede rechazar un recurso extraordinario mediante la sola cita del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, parece compadecerse con el espíritu de la norma y ello avala anterior doctrina del Tribunal, que la importancia de una causa sea razón atendible en el momento de sopesar la admisibilidad de dicho recurso”⁸³⁵.

Y, por su parte, el Dr. BOGGIANO así se expresaba para justificar esta variante positiva de selección:

“El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación impone a esta Corte el deber de seleccionar ‘según su sana discreción’ las causas en que conocerá por recurso extraordinario. Pese al aparente carácter potestativo de la norma, la obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad torna imperativo desatender los planteos de cuestiones, aún federales, carentes de trascendencia. Asimismo, el art. 280 del código citado permite a esta Corte ejercer su jurisdicción

⁸³⁴ CSN “Fallos” 315:1492, “Ekmedjián c/ Sofovich”, sent. del 7-VII-1992 (disidencia de los jueces PETRACCHI y MOLINÉ O’CONNOR, consid. 7°).

Con leves variantes de estilo, el criterio ha sido sostenido en diversas oportunidades, especialmente en sufragios concurrentes o disidencias de determinados Ministros. Así, por ejemplo, en “Fallos” 316:1967 [1994] (disidencia de los Dres. CAVAGNA MARTÍNEZ y MOLINÉ O’CONNOR, con nota elogiosa de BIDART CAMPOS, Germán, “El ceriotari positivo”, cit.); 317:208 [1994] (disidencia del Dr. MOLINÉ O’CONNOR); 321:2314 [1998] (disidencia de los jueces LÓPEZ, MOLINÉ O’CONNOR y BOGGIANO; el Dr. VÁSQUEZ compartió la posibilidad de aplicar el art. 280 del CPCN con sentido positivo, aunque siguiendo un argumento más escueto basado en la trascendencia del caso); 325:1970 [2002] (disidencia de los jueces PETRACCHI y BOGGIANO).

⁸³⁵ CSN “Fallos” 315:490, “Prunello”, sent. del 24-III-1992 (disidencia del Dr. FAYT).

extraordinaria en casos de trascendencia, aun cuando existiera algún obstáculo formal para acceder a la misma. La resolución de temas de notable repercusión institucional no puede quedar vedada al Tribunal por el incumplimiento de requisitos formales por parte de los interesados en casos cuya gravedad precisamente excede los hechos y las personas directamente involucradas. Este aserto, por lo demás, se entronca con una consolidada tradición jurisprudencial tendiente a no impedir el esclarecimiento de relevantes temas constitucionales, por mediar ‘ápices procesales’⁸³⁶.

En otros precedentes, la admisión de los alcances “positivos” del art. 280 del CPCN (es decir, la posibilidad de acudir a él para sortear el incumplimiento de recaudos tradicionales del recurso extraordinario), se puede encontrar implícita en el razonamiento de la Corte. Ejemplos de este uso del precepto, pueden hallarse en los referidos casos “López” y “Rodríguez”, en los que la Corte consideró de “significativa trascendencia” la necesidad de poner un “*quietus* jurisprudencial” sobre tópicos que, en puridad, eran predominantemente de derecho común (como la responsabilidad solidaria impuesta por el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo o la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Código Civil)⁸³⁷:

“Que la determinación de la tasa reviste significativa trascendencia para el desarrollo del crédito y la seguridad jurídica y corresponde, en consecuencia, que esta Corte resuelva el fondo del asunto en uso de la facultad que le confiere el art. 16 de la ley 48 a fin de poner un necesario *quietus* en la evolución de las encontradas tendencias jurisprudenciales que conspiran contra la requerida certeza del tráfico en la materia (art. 280 del Cpodigo Procesal Civil y Comercial de la Nación)”.

Y, en similares, términos, en la referida causa “Rodríguez” (cit.), sostuvo:

“Que la solución del presente caso puede contribuir al desarrollo del derecho sobre la materia, en la que están involucradas modalidades de la contratación comercial que posiblemente tendrán considerable trascendencia para la economía del país. La cuestión a decidir reviste, por tanto, significativa importancia para el desarrollo del comercio interno e internacional, suscitando cuestión federal trascendente (confr. Art. 67, inc. 12 de la Constitución Nacional y art. 280 del Código Procesal

⁸³⁶ V. “Fallos” 316:1141, 1213 (voto del Dr. BOGGIANO)

⁸³⁷ CSN, “Fallos” 315:1209, “López” (voto de la mayoría del alto cuerpo, integrada por los Dres. LEVENE, CAVAGNA MRTÍNEZ, FAYT, BARRA Y BOGGIANO); íd, “Fallos” 316:713, *in re* “Rodríguez c/ Compañía Embotelladora Argentina”, sent. del 15-IV-1993. Ver el análisis crítico que hicieramos de los mismos, así como de la acertada decisión de dejar de lado dicho criterio (v. CSN, causa B.75.XLII, “Benítez”, sent. del 22-XII-2009, “Fallos” 332:2815), que terminaba colocando en cabeza de la Corte un rol uniformador del derecho común que no le corresponde en nuestro sistema institucional (v. *supra*. ap. 3.4.c).

Civil y Comercial de la Nación). Procede, por ello, y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica, que esta Corte resuelva el fondo del asunto y decida, en uso de la facultad que le concede el art. 16 de la ley 48, si un contrato de las características del que ocasiona esta controversia se encuentra subsumido en la norma del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, a fin de poner un necesario *quietus* en la evolución de las diversas tendencias jurisprudenciales que distan de ser pacíficas, como surge de numerosos pronunciamientos del fuero laboral” (causa cit., consid. 7º)⁸³⁸.

Como puede advertirse de la transcripción de los últimos dos fallos, en ellos no se despliega ya la interpretación extensiva (o “mutativa por adición”, como la denomina SAGÜÉS⁸³⁹) a la que se hiciera referencia más arriba. Simplemente se cita el art. 280 del CPCN, luego de evaluar la especial trascendencia del tema a dirimir, sin penetrar en el sentido ni en el “espíritu” del precepto de *marras*, para explicar las razones del uso positivo del ‘certiorari’.

La sumatoria de los diversos votos individuales en los que se sustentaba una opinión favorable a la recepción del ‘certiorari’ positivo, permitía afirmar ya en ese entonces que la Corte había receptado esa interpretación amplia del art. 280 del CPCN. Sin embargo, por no haber existido aún un caso de coincidencia mayoritaria acerca de la aplicación de dicho parecer en algún caso concreto, no se encontraba todavía un *leading case* en la materia.

⁸³⁸ De la transcripción de los últimos dos precedentes no queda absolutamente claro que la referencia al art. 280 del CPCN constituya una recepción implícita del certiorari positivo. Podría, en efecto, entenderse que la “trascendencia” no fue utilizada allí para sortear la inexistencia de una cuestión federal, sino para justificar la decisión de recomponer positivamente la litis (art. 16 de la ley 48). Obvio es entonces aclarar que si esta última fuera la lectura correcta del fallo, no estaríamos ante una hipótesis de ‘certiorari’ positivo, ya que el parámetro de trascendencia habría sido aplicado sólo para resolver el fondo del asunto (en vez de anular la sentencia en cuestión por arbitraria y reenviar al tribunal *a quo*, como es de estilo cuando se revisa la interpretación de normas de derecho común en el marco de dicha doctrina excepcional).

El contexto argumental del fallo, de todos modos, parece avalar la postura asumida en el texto: que el art. 280 del CPCN se utilizó en dicha oportunidad para sortear la ausencia de una auténtica cuestión federal, es decir, como una típica aplicación del certiorari positivo. Corroboran lo expuesto el hecho de que, con posterioridad a dicho precedente (y antes de que la doctrina por la cual la Corte asumía dicho rol “uniformador” de tópicos de derecho común fuera, como vimos, dejada de lado), el máximo tribunal tuvo oportunidad de interpretar el sentido de lo resuelto en el precedente “Rodríguez”. Así, en la causa “Encinas” (Fallos 321:2294) afirmó que en el caso “Rodríguez c. Compañía Embotelladora Argentina”, “la Corte se expidió en un punto no federal para contribuir al desarrollo del derecho en la materia y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica ‘a fin de poner un necesario *quietus* en la evolución de las diversas tendencias jurisprudenciales que distan de ser pacíficas, como surge de numerosos pronunciamientos del fuero laboral’”. Quedaba así claro que la propia lectura del cimero cuerpo respecto de su propio precedente era coincidente con la sostenida en el texto; es decir, que por razones de trascendencia se obvió allí el recaudo de la cuestión federal, lo que constituye una variante más de ‘certiorari’ positivo.

⁸³⁹ V. SAGÜÉS, Nestor, *Recurso extraordinario*, ob. cit., t. 2, p. 451.

La adopción del criterio permisivo, por mayoría, tuvo lugar en la causa “Serra”⁸⁴⁰. En ella, la Cámara de Apelaciones en los Contencioso Administrativo había desestimado el planteo de caducidad de la pretensión administrativa, juzgando que las disposiciones de la ley 19.549 (entre ellas, el plazo extintivo de la acción contenciosa) no eran de aplicación en la especie. Frente al recurso del Fisco, la Corte comenzó por aclarar que la sentencia no era definitiva, siguiendo su clásica posición sobre el tema. Sin embargo, la mayoría (Dres. BOGGIANO, BARRA, FAYT, LEVENE [H], CAVAGNA MARTÍNEZ y NAZARENO) agregó inmediatamente que, pese a la ausencia de dicha condición de admisibilidad del embate, existía “mérito suficiente” para ingresar en el fondo del asunto, acudiendo al criterio sostenido por los Dres. PETRACCHI y MOLINÉ O’CONNOR en la citada causa “Ekmedjan c. Sofovich”:

“La finalidad más significativa del nuevo texto es la de destacar el emplazamiento que esta Corte posee en el orden de las instituciones que gobiernan a la Nación, posibilitando que –de una manera realista– su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional. Cometido éste que, desde temprana hora, el Tribunal ha reconocido como el más propio de su elevado ministerio (“Fallos” 1:340, del 17 de octubre de 1864). La reforma tiene, pues, a reforzar el criterio de especialidad que orienta a las funciones de este Tribunal, al hacerle posible ahondar en los graves problemas constitucionales y federales que se encuentran entrañablemente ligados a su naturaleza institucional” (CSN, “Serra”, cit., consid. 4°).

Nótese que, curiosamente, en la causa “Serra” la Corte no acudió a la parcela del caso “Ekmedjián” en la que verdaderamente se justificaba la interpretación mutativa del art. 280 del CPCN (v. la transcripción realizada más arriba). El segmento del fallo recién recordado, sólo se refería a la *finalidad* del citado precepto como instrumento para concentrar la atención del alto cuerpo en sus objetivos más relevantes, sin tocar el *quid* central de la cuestión. Podría afirmarse, por ello, que en la sentencia que ahora se analiza, la utilización positiva del ‘certiorari’ quedó privada de sustento expreso, dado que la mera explicación de la *ratio* de la reforma, no termina de justificar el uso extensivo (positivo) del mecanismo por ella ideado. De todos modos, pese a esta falencia en la traslación parcial de los fundamentos utilizados por los jueces PETRACCHI y MOLINÉ O’CONNOR en la causa “Ekmedjián c. Sofovich”, quedó claro que, en el

⁸⁴⁰ CSN, “Fallos 316:2454 [1993].

precedente del que nos ocupamos, la mayoría de la Corte aplicó claramente el citado precepto adjetivo para sortear una condición de admisión de la impugnación federal. Es decir, que receptó indudablemente el ‘certiorari’ positivo.

6.4) *Crítica.*

No compartimos la posición de quienes afirman que el precepto examinado permite la doble lectura que se examina en este apartado. En otras palabras, no creemos que el art. 280 del CPCN sirva, indistintamente, para rechazar impugnaciones intrascendentes y para “pescar” temas relevantes que incumplen las condiciones previstas en la ley para admitir el recurso extraordinario. No vemos, en síntesis, que este poder de admisión excepcional encuentre sustento en la norma analizada.

Cierto es que la postura de la que nos apartamos tiene el mérito de “sincerar” lo que ocurre en la práctica, frente a los reiterados desbordes de la doctrina de la gravedad institucional⁸⁴¹. Es decir, que como esta última válvula de apertura ha superado cualquier barrera de contención y fluye impetuosamente en la vida del recurso extraordinario, habilitando el abordaje de cualquier tema que la Corte entienda relevante, parecería que la interpretación dual del art. 280 del CPCN ayuda a “legitimar” dicha praxis. Pongámoslo en otros términos: como en lo hechos se ha borrado la diferencia entre la “importancia” de un caso y su “gravedad institucional”, el criterio del que tomamos distancia tendría la cualidad de encontrar un fundamento normativo para ese fenómeno, terminando por admitir que que la “mera” trascendencia basta para hacer excepción a las condiciones formales de la impugnación federal.

La primera y más obvia objeción a este enfoque, consiste en destacar la necesidad de buscar la adaptación de la praxis a la norma y no a la inversa. Es decir, que no necesariamente es valiosa una hermenéutica que convalide lo que ocurre en la realidad.

El segundo reparo se asocia con la letra misma del dispositivo analizado, que sólo habilita a la Corte a desestimar embates privados de trascendencia, pero en

⁸⁴¹ En tal sentido, afirma LUGONES que “aunque la Corte ha elaborado muchas doctrinas para abrir sus puertas ... que harían superfluos nuevos medios, el propuesto *tendría la ventaja de sincerar la cuestión* y coincidiría con el estado actual de ella en el derecho norteamericano y con una situación más o menos generalizada –de hecho o de derecho- en el resto del mundo” (LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, Lexis Nexis, Bs. As., 2º ed. [actualizada con la colaboración de Silvina OUBEL], p. 348).

ninguna parte le acuerda la potestad de hacer excepción a los diversos recaudos de admisibilidad del recurso extraordinario (sentencia definitiva, cuestión federal, relación directa e inmediata, fundamentación autónoma, superior tribunal de la causa, etc.), con sustento en la trascendencia de las cuestiones debatidas.

Tampoco se verifica que en el “espíritu” de la norma esté presente dicha tesitura. Si bien es cierto que la ley 23.774 tuvo por finalidad permitir a la Corte un adecuado y racional manejo de su agenda, lo hizo a través de un instrumento de descongestión, es decir, de cierre y no de apertura. No surge de los debates parlamentarios ni de la misma idiosincracia de la reforma, que se haya procurado dotar al máximo tribunal de un instrumento para validar la flexibilización que venía concretando respecto de la doctrina de la gravedad institucional. Ni mucho menos para transformar directamente la excepción en regla. El “espíritu” de la innovación, por ende, se focalizó en la búsqueda de un mecanismo para atenuar la sobrecarga del cuerpo cimero y no en la creación de un estándar de apertura que opere casi como regla.

Podría discutirse *de lege ferenda* la ventaja de consagrar un sistema de tales características, en el que el acceso a la Corte se mida positiva o negativamente con la vara de la trascendencia. Sin embargo, entendemos que no es ése el camino seguido por el legislador argentino.

Por otra parte, la vigencia de la doctrina de la gravedad institucional basta, para permitir a la Corte atender oportunamente en asuntos que conmuevan pilares básicos y fundamentales de la comunidad en su conjunto. Creemos adecuado, por ello, sostener la vigencia de los tradicionales presupuestos de admisión del recurso extraordinario, manteniéndolos como principios definitorios de la competencia del alto cuerpo, que sólo autoricen excepción en hipótesis de una calificada magnitud (“gravedad institucional”)⁸⁴².

⁸⁴² En similar sentido, pueden recordarse las palabras de PALACIO, en la primera edición de su clásica obra sobre el recurso extraordinario federal: “... es necesario advertir que si bien la CS se halla facultada para rechazar el REF o la queja sin enunciar fundamento alguno si considera, discrecionalmente, que las cuestiones en ellos involucradas carecen de ‘trascendencia’, no puede, en cambio, a la inversa, cuando esto ocurre, obviar la inexistencia o defectos de ciertos recaudos de admisibilidad de la impugnación y disponer, en consecuencia, la apertura de la instancia extraordinaria. Por lo tanto, mientras la doctrina de la gravedad institucional puede funcionar, positivamente, para sumar los casos sometidos a la decisión de la CSN la ausencia de ‘trascendencia’ sólo opera en forma negativa, como vía desestimatoria de la impugnación” (PALACIO, Lino, *El recurso extraordinario federal* ..., 1° ed. 1992, § 41, p. 283; la postura no está presente en ediciones posteriores, en

V. DINÁMICA DEL ‘CERTIORARI’. EL PROCESO DE DECISIÓN DE LA CORTE PARA LA APLICACIÓN DEL ART. 280 DEL CPCN. ESTADÍSTICA.

Dedicaremos este párrafo, como el encabezado lo indica, a la faz “dinámica” del certiorari nacional, lo que comprende –en primer lugar- al estudio del proceso decisorio que culmina con la aplicación del art. 280 del CPCN, teniendo especialmente en cuenta, a tales efectos, la organización del trabajo interno del tribunal. En segundo término, la dinámica de actuación de la Corte será evaluada a partir de datos estadísticos que permitan comprender mejor a qué ha venido dedicando sus esfuerzos en los últimos años. A cada uno de estos aspectos le dedicaremos los siguientes apartados.

1) Cómo trabaja la Corte Suprema de la Nación.

Para completar el estudio del funcionamiento del ‘certiorari’ nacional, sintetizaremos a continuación el *iter* que tiene lugar ante la Corte Suprema, desde que una causa ingresa a sus estrados, hasta el dictado de la sentencia definitiva.

El discurso estará limitado a los pasos fundamentales de este camino, en el que –como es usualmente reconocido tanto en el interior como en el exterior de la Corte– impera la práctica frente a la regla y del que frecuentemente poco se sabe fuera de sus paredes, fundamentalmente en razón de las pocas investigaciones dedicadas al tema⁸⁴³ y del principio de confidencialidad que rige en el proceso decisorio de los superiores tribunales.

Como es sabido, existen dos vías fundamentales por las que un recurso extraordinario puede arribar a los estrados de la Corte Suprema: la elevación de un embate concedido por el *a quo* y la presentación directa de una queja ante los estrados

las que el autor directamente hace referencia al criterio amplio asumido por varios de los Ministros de la Corte al inicio de la era del ‘certiorari’, v. PALACIO, ob. cit., 3° ed., §41, p. 288). En sentido similar (es decir, descartando la versión positiva del ‘certiorari’ y reservando dicha función para la doctrina e la gravedad institucional: v. GUASTAVINO, Elías, *Recurso extraordinario ...*, ob. cit., t. I, p. 488; LUGONES, *Recurso extraordinario*, ob. cit., p. 395.

⁸⁴³ Existe una notable diferencia entre la cantidad de ensayos y tratados (en los que nos hemos apoyado reiteradamente a lo largo de esta obra), dedicados a la teoría de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema (incluyendo el estudio de su jurisprudencia), por un lado, y los que se han enfocado en los procedimientos internos de decisión del alto cuerpo. Pueden de todos modos encontrarse algunos valiosos aportes en la materia, como por ejemplo: SABELLI, Héctor, “Cómo trabaja la Corte”, en *JA* 2007-I-1163; HOCKL, María Cecilia – DUARTE, David, *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Legis, Bs. As., 2006, cap. II, esp. pp. 106-107). Junto con las entrevistas concretadas con diversos funcionarios de la Corte Suprema para esta investigación, dichos trabajos han sido un importante material de análisis en este capítulo.

del máximo tribunal, en los casos en que el inferior hubiera declarado su inadmisibilidad⁸⁴⁴.

a) Comenzaremos por el segundo caso (queja por denegación del recurso extraordinario), que en el último año publicado (estadística de 2010) resultó el mecanismo de ingreso más frecuente ante la Corte (53%)⁸⁴⁵.

A diferencia del recurso extraordinario, como es por demás sabido, la queja se articula directamente ante los estrados de la Corte, ingresando a una mesa de entradas general (propia de la competencia apelada del máximo tribunal y diversa de la afectada a los juicios originarios). De allí pasa a una oficina de asignación, desde la que la causa es remitida a una de las Secretarías Judiciales con las que cuenta el máximo tribunal para asesorarlo en su estudio⁸⁴⁶.

A la presentación, por la que el interesado busca revisar la resolución del tribunal inferior en torno a las condiciones de admisibilidad del recurso, se anexan sólo las piezas fundamentales que permiten a la Corte resolver el punto (típicamente, la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, la cédula de notificación de la misma, el recurso deducido, la resolución por la que se denegó la impugnación federal, etc.). Es decir, que la Corte no recibe la totalidad de las actuaciones, sino un extracto de

⁸⁴⁴ Dejamos fuera del análisis hipótesis de las “presentaciones varias” por las que alguien acude a la Corte requiriendo su actuación por fuera de las vías legalmente establecidas el ejercicio de su competencia apelada (recurso ordinario, extraordinario u recurso “de hecho” por denegación de los anteriores). Así, por ejemplo, los pedidos de avocación directa o *per saltum*, a través de los cuales ha tenido lugar, en limitadas ocasiones, el abordaje de recursos extraordinarios deducidos contra sentencias que no provenían del superior tribunal de la causa (vg., “Fallos” 313:863, “Dromi” [1990]), doctrina que en la actual integración de la Corte ha perdido vigencia (v. CSN, “Fallos” 328:1941 [2005]; íd. causas A.659.XLIV, “Asociación Civil Anticorrupción s/ per saltum”, sent. del 18-XI-2008; M.869.XLV, “Solicita avocamiento per saltum”, sent. del 2-III-2010; P.808.XLV, “Persichini, Tomás Julián solicita per saltum”, sent. del 27 de abril de 2010; B.866. XLVI, “Bernstein, Gustavo Martín s/ solicita per saltum”, sent. del 2-III- 2011, entre otras).

⁸⁴⁵ El dato importa revertir la tendencia que se venía verificando previamente (años 2005-2009), como puede apreciarse de la tabla “CSN: competencia apelada – causas ingresadas según tipo de recurso”, *infra* ap. 2 (“Estadística”).

⁸⁴⁶ En la actualidad son 7 las Secretarías Jurisdiccionales de la Corte que actúan en las causas atinentes a la competencia apelada de la Corte Suprema, las que se encuentran divididas por materias, a saber: Secretaría Judicial n° 1 (derecho comercial y cuestiones de competencia no penal), n° 2 (derecho civil y previsional), n° 3 (derecho penal, incluyendo cuestiones de competencia en materia penal y juicios originarios penales), n° 4 (derecho público), n° 5 (cuestiones de trascendencia institucional o de interés público), n° 6 (derecho laboral y derechos humanos), n° 7 (derecho bancario, aduanero y tributario). A ellas cabe sumar la Secretaría de Juicios Originarios (que actúa en asuntos referidos a la competencia del alto cuerpo a la que su nombre se refiere), que completa las áreas que intervienen en asuntos propiamente jurisdiccionales. Las restantes Secretarías de la Corte cumplen funciones de naturaleza administrativa *lato sensu* (vg., Secretaría General de Administración, Secretaría de Jurisprudencia y Secretaria de Auditores Judiciales) [v., para un estudio de los antecedentes de las Secretarías Judiciales: DANIELIÁN, Miguel y RAMOS FEIJÓO, Claudio, “Secretarías judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en LL 1990-B-1219; SABELLI, Héctor, “Cómo trabaja la Corte”, cit.; HOCKL, María Cecilia – DUARTE, David, *Competencias y atribuciones ...*, ob. cit., cap. II].

las parcelas necesarias para juzgar la admisibilidad del recurso federal oportunamente deducido y denegado por el *a quo*.

Las constancias remitidas suelen ser autosuficientes para juzgar acerca del andamiaje formal del embate. Sin embargo, antes de expedirse, la Corte puede requerir al inferior la remisión del expediente *in totum*, lo que, a partir de la resolución 217/2004⁸⁴⁷, demanda la firma de tres ministros. Si bien el pedido puede ser evitado cuando se advierte claramente la inadmisibilidad del recurso o la posibilidad de aplicar el art. 280 para su desestimación, sí se impone antes de hacer lugar a una queja y revocar la decisión atacada. Ello así, para no terminar acogiendo un recurso sin verificar la fidelidad de las constancias acompañadas, ni –por supuesto- invalidar una sentencia de mérito sin haber tenido oportunidad de analizar la totalidad de la causa, de la que obviamente pueden surgir elementos de juicio diversos que alteren la valoración sobre la cuestión jurídica a dirimir.

En la secretaría jurisdiccional correspondiente se concreta un primer estudio del caso, redactándose un memorándum interno, elaborado por uno de los funcionarios del área y que en general cuenta con el aval del Secretario, responsable final de dicha repartición⁸⁴⁸. El memo, dirigido a los jueces de la Corte, contiene una sumaria

⁸⁴⁷ Resolución 217/2004 del 24 de febrero de ese año (Expte. 458/2004). La misma fue dictada por la totalidad de los miembros de la Corte, con la disidencia del Dr. VÁSQUEZ, quien consideró que la “mayoría” especial allí exigida para requerir los autos principales (3 jueces) afectaría el ejercicio del poder jurisdiccional atribuido a los jueces de la Corte, que pueden verse forzados a resolver sin tener el expediente completo a la vista. En los fundamentos del voto discrepante del citado ex Ministro de la Corte se expresaba: “Que [...] en las deliberaciones previas del Tribunal, resulta habitual que uno o más jueces soliciten la remisión de los autos principales o bien dispongan dar vista de las actuaciones al Procurador General de la Nación, en el entendimiento de que sólo así pueden cumplir debidamente su obligación constitucional de juzgar con arreglo a la Constitución Nacional y a las leyes dictadas en su consecuencia.

Que la negativa de una mayoría circunstancial de jueces que, sobre la base de meras cuestiones formales (vgr. por aplicación del certiorari -art. 280 CPCCN- etc.), cercenen la voluntad del magistrado que desea o deba analizar y profundizar el examen de determinada causa, constituye un avasallamiento a la obligación de juzgar que tienen a su cargo todos y cada uno de los jueces de este Tribunal. En tal sentido, si bien es claro que por el carácter colegiado de esta Corte Suprema, la mayoría de los jueces se impone a la minoría al momento de dictar sentencia, no parece, en cambio, que ello sea aceptable en la etapa preliminar al dictado del fallo ...”.

⁸⁴⁸ Los *Secretarios Judiciales de la Corte* son funcionarios de elevada jerarquía dentro de la estructura del máximo tribunal, estando equiparados en su trato y remuneración a los jueces de las Cámaras Nacionales (conf. art. 88 del Reglamento para la Justicia Nacional), debiendo, para ser designados en aquella función, cumplir con las mismas condiciones establecidas para acceder a este último cargo jurisdiccional (ser argentino, mayor de 30 años y abogado con seis años de ejercicio profesional, conf. art. 5 decreto ley 1285/1958; v. asimismo SABELLI, “Cómo trabaja la Corte”, cit., nota 8; HOCKL – DUARTE, *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema ...*, ob. cit., pp. 97-113). Además de encabezar las Secretarías Judiciales a su cargo (que en los hechos, por lo explicado, funcionan como estructuras de asesoramiento jurídico para la totalidad de los miembros de la Corte, que en total se aproximan a 70 funcionarios letrados), los Secretarios tienen algunas limitadas funciones jurisdiccionales *stricto sensu*, como la firma de los despachos de trámite y providencias

descripción de los antecedentes de la litis, así como la opinión de la Secretaría relativa a las condiciones de admisibilidad del recurso, de las cuales puede surgir, en lo que aquí interesa, la indicación de que la impugnación debería ser desestimada en uso de la atribución acordada en el art. 280 del CPCN. En el supuesto de verificarse la presencia de las condiciones formales respectivas (vg., plazo, legitimación, existencia de un “caso”, cuestión federal directa e inmediatamente involucrada en la controversia, etc.), la Secretaría suele acompañar al informe pertinente, un proyecto de sentencia para que los jueces suscriban o, al menos, adopten como referencia a la hora de emitir su voto. También pueden enviarse diversas propuestas alternativas. Así, por ejemplo, ante una denuncia de arbitrariedad que luzca fundada, puede que se remita un proyecto haciendo lugar al recurso extraordinario y revocando la sentencia; aunque advirtiendo que, de no compartirse la valoración sobre la gravedad del yerro cometido por el *a quo*, sería posible sellar la suerte del recurso mediante el ‘certiorari’ negativo, por tratarse de la revisión de cuestiones de hecho y prueba o de problemas de interpretación del derecho común o procesal.

A partir de allí, la causa pasará sucesivamente, junto con el informe de Secretaría, a las diversas vocalías, comenzando así propiamente su circulación entre los Ministros de la Corte. En ausencia de un mecanismo de sorteo automático, la distribución de las causas entre las vocalías corresponde reglamentariamente al Presidente⁸⁴⁹, aunque en la práctica está librada al criterio del Secretario respectivo, imperando la tónica de remitir inicialmente las causas teniendo en cuenta criterios de

simples dictadas durante la sustanciación del trámite ante la Corte (art. 89, RJN) y la recepción de la prueba a producirse ante sus estrados (hipótesis absolutamente excepcional en los casos propios de la jurisdicción apelada del cimero cuerpo) [art. 92, regl. cit.].

No deben ser confundidos los Secretarios Judiciales con los *Secretarios Letrados*, funcionarios estos últimos equiparados en el escalafón judicial con los Jueces Nacionales de Primera Instancia, que prestan funciones en diversas áreas del máximo tribunal. En lo que aquí interesa, el *staff* de asesores de las vocalías de la Corte (es decir, los funcionarios que trabajan asesorando directamente a los jueces), está integrado fundamentalmente por Secretarios Letrados (en algunos casos por Prosecretarios Letrados), función asimilable a la de los ‘*law clerks*’ norteamericanos y a los “relatores” establecidos en otras jurisdicciones, como en la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (v. *infra*, capítulo sexto, par. II, esp. ap. 3). Su cantidad varía según la vocalía, aunque modernamente rondan entre 5 y 10 por juez.

⁸⁴⁹ Art. 84 del Reglamento para la Justicia Nacional: “[El Presidente] [d]ispone lo relativo a la distribución de las causas a los ministros para su estudio y establece la oportunidad y el orden de su consideración ulterior”.

especialidad (si en una integración determinada la Corte cuenta con Ministros especialmente calificados en una materia) y de distribución equilibrada de trabajo⁸⁵⁰.

Al arribar al despacho del magistrado pertinente, éste trabajará con su grupo de Secretarios Letrados en la determinación del camino a seguir. Si bien la organización de cada vocalía es atribución del juez que la encabeza, el modelo frecuente de gestión consiste en un primer examen de las causas que ingresan, a cargo los funcionarios referidos. Éstos pueden coincidir con el informe remitido por la Secretaría o apartarse del mismo. Así, por ejemplo, pueden compartir la propuesta de desestimación sobre la base del art. 280 del CPCN o, frente a una propuesta de abordaje del mérito del recurso, sugerir la aplicación de dicho instrumento desestimatorio. También pueden valerse del proyecto acompañado, insertándole correcciones o modificaciones sustanciales; o directamente dejarlo de lado y redactar uno nuevo. En cualquier caso, culminado el informe del Secretario Letrado, es el Juez quien dará su opinión, siguiendo el criterio de alguno de los funcionarios que intervinieron en el estudio de la causa, aportando sus propias precisiones o reenviándola con instrucciones para seguir determinada línea de solución.

El expediente irá así circulando de vocalía en vocalía, hasta lograr una decisión que sea compartida por mayoría (4 de los 7 jueces que actualmente componen la Corte), supuesto en el cual será potestativo que los restantes Ministros expresen su parecer o se abstengan de hacerlo, ya que –por regla– es posible dictar sentencia sin la firma de la totalidad de los miembros, siempre que se dé esa coincidencia de voluntades⁸⁵¹. Impera,

⁸⁵⁰ V. SABELLI, Héctor, “Cómo trabaja ...”, cit., quien expresa sobre el punto: “¿A qué ministro se le envía primero el expediente? Tañen en este punto la experiencia y el criterio del secretario, que tiene, además, una visión global de la cantidad y del circuito de los expedientes en ese momento. En general, si hay un ministro que es especialista en un área de Derecho, se le envían en primer lugar los expedientes que versan sobre esa materia. Los secretarios generales de Corte también tienen en cuenta si hay un ministro que ha estudiado anteriormente el tema sobre el que trata un expediente, o si a un ministro le interesan especialmente ciertos temas. Claro que también consideran la cantidad de expedientes que tiene cada juez en su vocalía a fin de repartir el trabajo de forma más o menos equitativa”.

⁸⁵¹ Art. 23, Decreto-ley 1285/58: “... las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. La Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad”. Respecto de esta última cláusula, que a primera vista podría leerse como exigiendo la participación de todos los miembros del Tribunal para resolver cuestiones de constitucionalidad (matriz fundamental del recurso extraordinario), cabe aclarar que la Corte la ha interpretado en un sentido absolutamente diverso. En efecto, ha entendido que la alusión al “tribunal pleno” sólo tendría sentido si en el futuro el cuerpo se dividiera en salas, careciendo de virtualidad en su actual organización, que no cuenta con dicha división:

de todos modos, la comunicación a la totalidad de los miembros del Tribunal de la existencia de asuntos de alta repercusión institucional en estado de resolver (es por ello que la abstención de un Juez en estos casos puede ser leído implícitamente como un silencio “significativo”⁸⁵²) o la indicación de la existencia de mayoría en los expedientes en los que se hace lugar a la queja deducida (no así en los que se la desestima, para los que la mera mayoría basta por lo general para pasar los autos al Acuerdo sin más comunicaciones internas)⁸⁵³.

Una vez que la causa se encuentra en condiciones de ser fallada, las opiniones de los jueces son pasadas en limpio y llevadas por el Secretario Judicial respectivo al Acuerdo de los Ministros⁸⁵⁴, para ser allí firmadas.

b) La otra hipótesis anticipada, es aquella que tiene lugar cuando el recurso es concedido por el *a quo*, es decir, que éste lo ha declarado admisible por darse las condiciones previstas fundamentalmente en los arts. 14 y 15 de ley 48; 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; y en la reglamentación formal establecida por Acordada 4/04.

En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la queja, arriba directamente a la Corte (por remisión oficiosa del órgano de origen) la totalidad de las actuaciones y no sólo un cuadernillo con las piezas más relevantes para decidir la admisibilidad. Ingresada la causa por la mesa general de entradas y remitida a la Secretaría correspondiente, se adjudica en general sin más trámite a la vocalía del Ministro sorteado para examinarla inicialmente. He aquí otra importante diferencia respecto de lo que ocurre en los casos de queja ya que en la mayoría de los casos, en la variante ahora examinada, el primer estudio del expediente se hace directamente en la vocalía asignada. No hay un proyecto previo de las secretarías jurisdiccionales de la Corte, sino que el caso pasa a la oficina de uno de los jueces, para –a partir de allí– seguir

“La actuación con la mayoría absoluta de los jueces que integran esta Corte es pertinente en los términos del art. 23, segunda parte, del decreto-ley 1285/58, texto según ley 15.271 (Fallos: 291:387; 307:1279; 310:1485), pues la referencia al ‘tribunal pleno’ que se efectúa en la última parte de dicha norma, se vincula con el hipotético supuesto de que el Tribunal hubiese hecho uso de la facultad de dividirse en salas -lo que no ha ocurrido-, único caso en que aquella expresión tiene sentido” (v. CSN, “Fallos” 307:1279; 319:406; 326:1067; *id.*, causa M. 2059. XLII, “Mohana”, sent. del 12-VI-2007).

⁸⁵² Para estos casos, la Acordada 26/2003, del 18 de diciembre de 2003, incorporó un segundo párrafo al art. 84 del Reglamento para la Justicia Nacional, en estos términos: “En las causas que versen sobre materias de trascendencia, deberá fijar la fecha del acuerdo en que el asunto será considerado por el tribunal”.

⁸⁵³ Se refiere a esta última práctica SABELLI, “Como trabaja ...”, cit.

⁸⁵⁴ La Corte se reúne todos los martes en Acuerdo Ordinario, sin perjuicio de la posibilidad de convocar a Acuerdo Extraordinario cuando así lo disponga el Presidente o la mayoría del alto cuerpo (art. 71, RJN).

sustancialmente los pasos descritos previamente con relación a la organización interna del estudio en cada vocalía, la emisión de la opinión respectiva, la circulación de la causa hasta la obtención de mayorías suficientes y, finalmente, la firma en acuerdo.

c) Agregaremos dos aspectos a tener en cuenta, con carácter general, en cuanto al camino que transita una causa hasta ser resuelta definitivamente por la Corte.

En primer lugar, cabe mencionar el rol de la Procuración General, cabeza del Ministerio Público nacional, que ha tenido históricamente un papel importante en el proceso decisorio de la Corte Suprema⁸⁵⁵. Sus fundados dictámenes han servido y sirven como valiosa guía para el máximo tribunal, que en reiteradas oportunidades ha remitido directamente a su contenido como sustento de la decisión de mérito, sin más agregados ni referencias que la de “compartir sus argumentos y la conclusión allí adoptados en razón de brevedad y con el propósito de evitar repeticiones innecesarias”.

En la actualidad, a partir de lo normado por el art. 33, inc. a), ap. 5, de la ley 24.946, la Procuración no debe emitir su opinión en la totalidad de los recursos extraordinarios, sino en aquéllos en los que, por la naturaleza de la cuestión debatida, la Corte decida conferirle vista para oír su opinión, pudiendo omitir discrecionalmente dicho paso cuando el embate sea inadmisibile o se dé alguna de las causales previstas en el art. 280 del CPCN. Por la citada resolución 217/2004, la Corte exige la firma de tres Ministros para acordar la vista al Procurador, por lo que, teniendo en cuenta el explicado procedimiento de estudio previo que se hace de una causa hasta que la misma llega a manos de los jueces y puedan valorar la necesidad de escuchar a este órgano, una buena cantidad de asuntos quedan marginados de dicho paso, por advertirse, desde la primera fase del examen del recurso, que el mismo es formalmente deficitario (vg., incumple con la Acordada 4/07, está fundado insuficientemente, etc.) o que que las cuestiones articuladas son, intrascendentes, insustanciales, etc. Por lo que, al llegar la causa a manos de los Ministros de la Corte y advertirse claramente las falencias aludidas en primer término o la posibilidad de aplicar directamente el art. 280 del CPCN, no es apreciada como funcional la remisión de la causa a la Procuración, para que dictamine

⁸⁵⁵ Los integrantes de la Procuración General que actúan dictaminando ante la máxima instancia jurisdiccional son: el Procurador General y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema (arts. 34 y 35, Ley 24.946).

sobre un asunto que podría ser abortado liminarmente sin necesidad de mayores aportes “doctrinales” del Ministerio Público⁸⁵⁶.

⁸⁵⁶ Durante las entrevistas desarrolladas para esta parcela de la investigación hemos recabado opiniones que corroboran el disfavor con el que se observa el actuar de la Corte por parte de la Procuración, cuando ésta es llamada a dictaminar en un asunto que, luego, resulta ser desestimado, por ejemplo, sobre la base de motivos estrictamente formales como el incumplimiento de la Acordada 4/07 (falta de carátula, exceso en el número de páginas, etc.). Se trata de hipótesis no muy frecuentes, que son vistas como un innecesario dispendio de la actividad de la Procuración General.

Pueden citarse ejemplificativamente causas en las que la Corte aplicó la Acordada 4/07 pese a haber remitido previamente la causa para dictamen de la Procuración: v. CSN, causas M.65.XLIV, “Maldonado”, sent. del 23-XI-2010; M. 544. XLV, “Molina s/homicidio simple”, sent. del 24-V-2011).

En más de una oportunidad, la discrepancia entre los Ministros acerca de la desestimación del recurso por aplicación de la citada acordada (que establece las condiciones rituales para la presentación del recurso extraordinario) o de la remisión al Ministerio Público para que dictamine, se hace explícita en el fallo que pone fin al pleito (v. CSN, causas D. 19. XLVII, “Difusora Correntina S.A. s/ quiebra”, sent. del 22-XI-2011; T.375.XLVI, “Tactaca, Eulalia c/ ANSeS s/ reajustes varios”, sent. del 17-IV-2012; A. 696. XLVII, “Arostegui”, sent. del 22-V-2012; C.675.XLVII, *in re* “Chauque, Roque Fernando s/ homicidio simple”, sent. del 29-V-2012, entre otras). Dicha discordancia se agrava cuando en un caso concreto la mayoría de la Corte decide hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia atacada, mientras que alguno de los jueces advierte que el embate no ha dado cumplimiento a los recaudos formales de la Acordada 4/07 (v., en tal sentido: CSN, causas G. 778. XLVII, “Giuliano c/ Juan B. Justo SATACI s/ daños y perjuicios”, sent. del 8-XI-2011; G.613.XLVII, “Goitía c/ Núñez s/daños y perjuicios”, sent. del 15-XI-2011 y F. 489. XLVII, “Ferreira c/ El Nuevo Halcón S.A. s/daños y perjuicios”, sent. del 14-II-2012, entre otros). En estos casos, la falta de sintonía es más grave, dado que, al no hacerse referencia alguna en el voto mayoritario al reparo que uno de los jueces plantea respecto de la confección de la pieza en estudio (violación de la Acordada 4/07), las sentencias no parecen ser el fruto de un “diálogo”, sino la mera exteriorización de opiniones paralelas claramente discordantes sobre el sentido y fundamentos de la decisión adoptada. Así, en los casos citados: o la mayoría omitió analizar el cumplimiento de la Acordada 4/07 o el voto en disidencia se equivocó al verificar su infracción. O, agregamos, sin conocer los detalles de cada caso pero estimando lo que pudo haber sucedido: la disidencia estaba en lo correcto –el recurso había efectivamente omitido alguna formalidad-, pero la mayoría consideró que debía ingresarse igualmente en el caso para remediar la sublevación de los tribunales inferiores acerca de su jurisprudencia en torno a la opinabilidad a la víctima de la franquicia contratada entre asegurador y asegurado (en tal caso, el yerro de la mayoría habría sido no explicar la *ratio* de dicha dispensa, conf. art. 11, Ac. 4/07).

En otras hipótesis, la exteriorización de los motivos por los que la Corte dispone de un caso también demuestra cierta desarticulación a la hora de armonizar las razones de la decisión. Así, por ejemplo, en la causa C.380.XLVII, “Chaile, Jesús Ariel y otros s/ homicidio”, sent. del 13-III-2012, mientras la mayoría de la Corte desestimó el recurso por violación de la citada Acordada 4/07 (Dres. LORENZETTI, PETRACCHI, MAQUEDA y ARGIBAY), la Dra. HIGHTON DE NOLASCO se pronunció por la aplicación en el caso del art. 280 del CPCN, mientras que el Dr. ZAFARONI encontró motivos para remitir el caso para dictamen de la Procuración General. Más de una vez se ha cuestionado esta forma de articular las posiciones de un tribunal colegiado como la Corte (v., entre ellos, la contribución de SCHVARTZMAN, Sebastián – GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan, “Reformas institucionales y la Corte en números”, en ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *La Corte y los Derechos: informe 2005-2007*, Siglo Veintiuno, 1º ed., 2008, p. 57, donde se lee: “... sería apropiado que de formularse votos concurrentes o disidentes, los jueces acentúen la práctica –ya iniciada por algunos de ellos- de explicitar concretamente cuáles son las diferencias entre sus opiniones y las de la mayoría. Con frecuencia, los jueces firman votos que apenas se distinguen entre sí, dejando la impresión de que, con un mínimo de esfuerzo y mejor comunicación, podrían unificarse. La medida sugerida permitiría reconocer el diálogo y la discusión de argumentos entre los magistrados, y enriquecería los fundamentos de las decisiones. A su vez, acentuaría la noción de que la Corte es una institución colegiada compuesta por jueces que deben interactuar y registrarse por la discusión y el intercambio de razones, y no que integran un cuerpo en el que toman decisiones individualmente, con desinterés por los argumentos de sus pares”; en similar sentido: v. MORELLO, Augusto M., “De nuevo sobre los defectos incurridos por la Corte Suprema en su técnica sentencial”, en *JA* 1993-III-482; OLCESE, Juan María, “La resolución del certiorari ¿Admite la expresión de disidencias?”, en *El Dial.com*, DC2C6 (2003).

La aprobación de la Acordada 4/07, por la que, además de sistematizarse varios de los criterios históricos de valoración de la procedencia formal del recurso extraordinario, se fijaron algunas pautas estilísticas y de redacción al mismo, ha tenido cierto impacto en el procedimiento interno de admisibilidad que examinamos. Siendo que los parámetros estrictamente formales incluidos en la reglamentación (vg., inserción de una carátula con determinados contenidos, extensión máxima del escrito, tipo de fuente, interlineado, etc.) resultan relativamente fáciles de advertir, se viene trabajando un mecanismo de circulación abreviada digital, para los casos en los que dichos parámetros hubieran sido incumplidos por el quejoso. A través de esta novedosa variante, frente a casos de patente apartamiento a las condiciones formales de marras (sin que, por otra parte, se vislumbre la presencia de razones de excepción en los términos del art. 11 de la citada Acordada), la Secretaría pertinente elabora un formulario electrónico que es enviado simultáneamente a los Jueces, informando sumariamente la falencia respectiva y dejando un espacio en blanco para que éstos se expidan favorable o desfavorablemente respecto de la desestimación por aplicación de dicha acordada. Una marca en el formulario y su remisión por vía electrónica es suficiente para confirmar la opinión favorable del Juez, respecto del uso de la reglamentación de marras.

Interesa destacar que, según lo informado por algunos de los funcionarios entrevistados en el curso de la presente investigación, dicho procedimiento de circulación electrónica podría en el futuro extenderse a las hipótesis de aplicación del art. 280 del CPCN. Es decir, que el trámite de referencia no se aplicaría en el futuro sólo para juzgar la presencia de recaudos estandarizables cuantitativamente (como, por ejemplo, el número de páginas de la presentación, el número de rengoles por página, etc.), sino para pronunciarse sobre aspectos de la admisibilidad en los que juegan parámetros de valoración más complejos, como el de la trascendencia de las cuestiones debatidas. La decisión importaría obviamente una apuesta fuerte respecto de la confianza depositada en los memorándums. Sin perjuicio de ello, cabe advertir que la herramienta informática en nada agrava los alcances de la delegación, ya que -en definitiva- sea que los elementos de juicio circulen en formato papel o digital, los jueces siempre pueden apartarse de lo informado, pedir mayores explicaciones, consultar la

causa y dar su opinión sobre el camino a seguir; o, por el contrario, confiar en lo informado por los funcionarios respectivos.

2) Estadística.

Para evaluar el funcionamiento de la Corte en números interesa extraer, de la estadística publicada por dicho cuerpo, algunos datos relevantes a los efectos de esta investigación.

a) *Ingreso de causas.*

Uno de los aspectos centrales sobre los que se ha hecho hincapié en reiteradas oportunidades en el curso de esta investigación, es el diagnóstico de sobregarga que la Corte Suprema de la Nación, como tantos otros tribunales en el mundo, afronta desde hace décadas.

En lo que concierne al presente capítulo, dicho cuadro puede apreciarse sin demasiados esfuerzos al verificar el número de causas que ingresan anualmente a los más altos estrados de la justicia federal argentina. Si bien en los últimos diez años se aprecia una sensible disminución en la cantidad de presentaciones articuladas ante el cimero cuerpo⁸⁵⁷, lo cierto es que para un tribunal de nueve o de cinco jueces (según la época –v. *supra*, capítulo segundo, par. VII, ap. 2), sigue siendo una tarea titánica (absolutamente impracticable a título personal), el dictado de los 13.300 fallos que aproximadamente ha pronunciado en 2010, para disponer de alrededor de 15.000 causas⁸⁵⁸.

Veamos la progresión en el nivel de trabajo del máximo tribunal en las últimas décadas, comenzando con la cantidad de causas ingresadas y resueltas anualmente.

⁸⁵⁷ El impacto que poseen las técnicas de gestión y reducción de la carga de trabajo aplicadas por la Corte se relativiza, cuando se advierte que el *dies a quo* de los últimos diez años a los que se alude en el texto, nos lleva a comparar la situación actual (2012), con el fatídico año 2002, en el que la Corte, al igual que el resto de la justicia federal, se vio colapsada por las secuelas jurisdiccionales de la emergencia económica que recién se había desatado en nuestro país.

⁸⁵⁸ En la estadística oficial publicada por la CSJN existe un defasaje considerable entre la cantidad de causas resueltas anualmente y la cantidad de sentencias y resoluciones que les ponen fin. Ello sólo puede responder a la técnica de resolución conjunta de un amplio número de expedientes análogos en una sola sentencia, que el máximo tribunal utiliza por razones de celeridad en reiteradas ocasiones. Es decir, que con un fallo se puede resolver más de una causa.

CSJN causas ingresadas y resueltas				
Año		SECRETARIAS JUDICIALES	PREVISIO- NALES	Total
1991	Ingresados	4.936	596	5.532
	Resueltos	6.036		6.036
1992	Ingresados	4.873	1.673	6.546
	Resueltos	5.804		5.804
1993	Ingresados	4.968	19.539	24.507
	Resueltos	6.090	1.601	7.691
1994	Ingresados	5.272	31.385	36.657
	Resueltos	4.211	1.083	5.294
1995	Ingresados	6.192	10.688	16.880
	Resueltos	6.566	463	7.029
1996	Ingresados	5.147	18.372	23.519
	Resueltos	6.227	2.573	8.800
1997	Ingresados	5.432	4.207	9.639
	Resueltos	5.576	31.062	36.638
1998	Ingresados	6.276	1.612	7.888
	Resueltos	5.732	40.067	45.799
1999	Ingresados	11.396	2.199	13.595
	Resueltos	6.893	8.979	15.872
2000	Ingresados	7.003	10.287	17.290
	Resueltos	6.578	8.876	15.454
2001	Ingresados	7.273	6.989	14.262
	Resueltos	6.788	8.475	15.263
2002	Ingresados	30.170	11.690	41.860
	Resueltos	28.644	7.882	36.526
2003	Ingresados	14.146	17.144	31.290
	Resueltos	7.554	11.426	18.980
2004	Ingresados	25.627	12.254	37.881
	Resueltos	7.891	13.072	20.963
2005	Ingresados	31.492	4.968	36.460
	Resueltos	9.455	11.030	20.485
2006	Ingresados	25.901	4.643	30.544
	Resueltos	10.874	3.794	14.668
2007	Ingresados	17.285	2.756	20.041
	Resueltos	56.996	2.648	59.644
2008	Ingresados	12.722	3.741	16.463
	Resueltos	34.363	5.283	39.646
2009	Ingresados	9.631	3.546	13.177
	Resueltos	18.596	8.853	27.449
2010	Ingresados	9.131	4.257	13.388

	Resueltos	11.727	3.180	14.907
--	-----------	--------	-------	---------------

Los ingresos correspondientes a la competencia apelada de la Corte (que es aquella sobre la que actúa el art. 280 del CPCN), pueden ser distinguidos del siguiente modo:

CSN: competencia apelada - causas ingresadas según tipo de recurso							
Año	RHE	%	REX	%	ROR	%	Total
2005	13.934	40,99	16.809	49,45	3.251	9,56	33.994
2006	10.766	37,77	17.697	62,09	39	0,14	28.502
2007	6.097	27,54	11.914	53,81	4.129	18,65	22.140
2008	6.141	42,20	8.331	57,25	81	0,56	14.553
2009	5.229	44,85	6.351	54,47	80	0,69	11.660
2010	6.424	53,78	5.423	45,40	99	0,83	11.946

Fuente: CSJN. Oficina de Estadísticas (http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas). Los datos cuantitativos han sido extraídos de los informes anuales de la citada repartición y reorganizados por el autor para la presentación de la información contenida en la tabla.

Referencias de la tabla: RHE (recurso de queja –o de “hecho”– por denegación del recurso extraordinario); REX (recurso extraordinario federal concedido por el *a quo*); ROR (recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema).

b) Fallos dictados por año.

Pero además de los ingresos, la cantidad de sentencias dictadas anualmente constituye obviamente un indicador por demás significativo del ritmo de trabajo imperante en el tribunal:

Fallos dictados por la CSN (total por año)			
Año	Comunes	Previsionales	Total
2002	7.232	7.952	15.184
2003	8.488	11.400	19.888
2004	8.852	13.089	21.941
2005	10.393	11.010	21.403
2006	9.499	3.435	12.934
2007	51.485	2.638	54.123
2008	35.710	8.501	44.211
2009	16.406	5.094	21.500
2010	9.823	3.472	13.295
2011	8.737	6.331	15.068

Para apreciar cómo se integra ese monumental número de fallos anualmente dictados, podemos acudir a los últimos dos períodos sistematizados en la estadística oficial de la Corte Suprema (2010/2011).

En el año 2010, como fuera anticipado, se dictaron 9.823 decisiones en causas “comunes” y 3.472 en expedientes “previsionales”, totalizando unos 13.295 pronunciamientos, según el siguiente detalle⁸⁵⁹:

FALLOS DICTADOS POR LA CSJN 2010 ("comunes")			
TIPO DE CAUSA		TOTAL	%
ORIGINARIOS	Civil	190	1,93
	Penal	12	0,12
	Otros	136	1,38
	Total	338	3,44
ORDINARIOS	Procedente Civil	14	0,14
	Conf.sent. Penal	5	0,05
	Procedente Civil	9	0,09
	Revoc.sent. Penal	-	0,00
	Desestimado	8	0,08
	Mal concedido	2	0,02
	Otros	38	0,39
	Total	76	0,77
QUEJA POR ORDINARIO RECHAZADO	Procedente Civil	-	-
	Conf. Sent. Penal	-	-
	Procedente Civil	-	-
	Revoc.sent. Penal	-	-
	Desestimado	-	-
	Mal concedido	-	-
	Otros	-	-
	Total	-	-
EXTRAORDINARIOS	Procedente Civil	926	9,43
	Conf.sent. Penal	-	0,00
	Procedente Civil	1.201	12,23
	Revoc.sent. Penal	7	0,07
	Desestimado	1.256	12,79

⁸⁵⁹ Fuente: Oficina de Estadísticas de la Corte Suprema de la Nación. *Estadísticas 2010* (disponible en: http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas/Trabajos_Especiales/Fallos/indicefallos.htm). El cuadro ha sido transcrito íntegramente de su fuente, añadiéndole por nuestra cuenta la información correspondiente a la incidencia porcentual de cada rubro (columna: “%” de la tabla).

	Mal concedido	17	0,17
	Otros	383	3,90
	Total	3.790	38,58
QUEJA POR EXTRAORDINARIO RECHAZADO	Procedente Civil	45	0,46
	Conf. Sent. Penal	-	-
	Procedente Civil	382	3,89
	Revoc.sent. Penal	15	0,15
	Desestimado	3.792	38,60
	Mal concedido	5	0,05
	Otros	344	3,50
	Total	4.583	46,66
COMPETENCIA	Civil	82	0,83
	Comercial	45	0,46
	Civil y comercial	74	0,75
	Laboral	37	0,38
	Seguridad social	11	0,11
	Cont.-adm.	37	0,38
	Penal	611	6,22
	Penal economico	10	0,10
	Casacion penal	2	0,02
	Originario corte	-	0,00
	Otros	14	0,14
	Total	923	9,40
	PRESENTACIONES VARIAS		
		113	1,15
TOTAL GENERAL		9.823	100

En cuanto a las causa previsionales, que desde hace años son materia de una estadística autónoma, los datos relativos a los fallos dictados por la Corte son los siguientes⁸⁶⁰:

FALLOS DICTADOS POR LA CSJN 2010 ("previsionales")			
TIPO DE CAUSA		TOTAL	%
ORIGINARIOS	Civil	-	-
	Penal	-	-
	Otros	-	-

⁸⁶⁰ *Íd.* nota al pie anterior.

	Total		-	-
ORDINARIOS	Procedente	Civil	76	2,19
	Conf.sent.	Penal	0	0,00
	Procedente	Civil	107	3,08
	Revoc.sent.	Penal	-	0,00
	Desestimado		9	0,26
	Mal concedido		1	0,03
	Otros		30	0,86
	Total		223	6,42
QUEJA POR ORDINARIO RECHAZADO	Procedente	Civil	-	-
	Conf. Sent.	Penal	-	-
	Procedente	Civil	-	-
	Revoc.sent.	Penal	-	-
	Desestimado		-	-
	Mal concedido		-	-
	Otros		-	-
	Total		0	-
EXTRAORDINARIOS	Procedente	Civil	133	3,83
	Conf.sent.	Penal	-	0,00
	Procedente	Civil	452	13,02
	Revoc.sent.	Penal	-	0,00
	Desestimado		196	5,65
	Mal concedido		3	0,09
	Otros		9	0,26
	Total		793	22,84
QUEJA POR EXTRAORDINARIO RECHAZADO	Procedente	Civil	26	0,75
	Conf. Sent.	Penal	-	-
	Procedente	Civil	306	8,81
	Revoc.sent.	Penal	-	-
	Desestimado		705	20,31
	Mal concedido		1	0,03
	Otros		13	0,37
	Total		1051	30,27
PREVISIONALES COLECTIVAS	Procedente	Civil	53	1,53
	Conf. Sent.	Penal	-	-
	Procedente	Civil	421	12,13
	Revoc.sent.	Penal	-	-
	Desestimado		929	26,76
	Mal concedido		-	-
	Otros		-	-
	Total		1403	40,41
	Civil		-	-
	Comercial		-	-

COMPETENCIA	Laboral	-	-
	Seguridad social	-	-
	Cont. Adm.	-	-
	Penal	-	-
	Casacion penal	-	-
	Originario corte	-	-
	Otros	-	-
	Total	-	0,00
PRESENTACIONES VARIAS		2	0,06
TOTAL GENERAL		3.472	100

La información precedente permite apreciar desagregadamente a qué dedicó la Corte los 13.300 pronunciamientos dictados en 2010. Entre tales contenidos, se advierte el amplio predominio de su actuación apelada, especialmente a través del recurso extraordinario federal y de la queja por denegación de aquél. Entre ambas vías de acceso a la Corte (que –como vimos- constituyen la matriz sobre la que actúa el ‘certiorari’), se concentró el 87 % de la actuación jurisdiccional del cimero cuerpo (85 % del total de fallos “comunes” y 94 % de las sentencias dictadas en causas previsionales⁸⁶¹).

Para el año 2011, el detalle es el siguiente:

FALLOS DICTADOS POR LA CSJN 2011 ("comunes")				
TIPO DE CAUSA			TOTAL	%
ORIGINARIOS	Civil		151	1,73
	Penal		10	0,11
	Otros		106	1,21
	Total		267	3,06
ORDINARIOS	Procedente	Civil	25	0,29
	Conf.sent.	Penal	8	0,09
	Procedente	Civil	13	0,15
	Revoc.sent.	Penal	4	0,05
	Desestimado		13	0,15

⁸⁶¹ Los porcentuales han sido extraídos incorporando las causas previsionales colectivas en el cómputo, que en la estadística citada no distingue entre aquellas que ingresan por recurso ordinario o extraordinario.

R E C U R S O S		Mal concedido	20	0,23	
		Otros	47	0,54	
		Total	130	1,49	
	QUEJA POR ORDINARIO RECHAZADO	Procedente	Civil	0	0,00
		Conf. Sent.	Penal	0	0,00
		Procedente	Civil	0	0,00
		Revoc.sent.	Penal	0	0,00
		Desestimado		0	0,00
		Mal concedido		0	0,00
		Otros		0	0,00
		Total		0	0,00
	EXTRAORDINARIOS	Procedente	Civil	226	2,59
		Conf.sent.	Penal	0	0,00
		Procedente	Civil	623	7,13
		Revoc.sent.	Penal	6	0,07
		Desestimado		1198	13,71
		Mal concedido		32	0,37
		Otros		389	4,45
		Total		2474	28,32
	QUEJA POR EXTRAORDINARIO RECHAZADO	Procedente	Civil	19	0,22
		Conf. Sent.	Penal	0	0,00
		Procedente	Civil	354	4,05
		Revoc.sent.	Penal	39	0,45
		Desestimado		4193	47,99
		Mal concedido		0	0,00
		Otros		240	2,75
		Total		4845	55,45
COMPETENCIA	Civil		74	0,85	
	Comercial		10	0,11	
	Civil y comercial		67	0,77	
	Laboral		50	0,57	
	Seguridad social		9	0,10	
	Cont.-adm.		58	0,66	
	Penal		591	6,76	
	Penal económico		2	0,02	
	Casación penal		1	0,01	

	Originario corte	0	0,00
	Otros	24	0,27
	Total	886	10,14
PRESENTACIONES VARIAS		135	1,55
TOTAL GENERAL		8737	100,00

Y para el mismo año (2011), en materia previsional, los números son los siguientes:

FALLOS DICTADOS POR LA CSJN 2011 ("previsionales")				
TIPO DE CAUSA			TOTAL	%
ORIGINARIOS	Civil		0	0
	Penal		0	0,00
	Otros		0	0,00
	Total		0	0,00
ORDINARIOS	Procedente	Civil	7	0,11
	Conf.sent.	Penal	0	0,00
	Procedente	Civil	12	0,19
	Revoc.sent.	Penal	0	0,00
	Desestimado		0	0,00
	Mal concedido		2	0,03
	Otros		2	0,03
	Total		23	0,36
QUEJA POR ORDINARIO RECHAZADO	Procedente	Civil	0	0,00
	Conf. Sent.	Penal	0	0,00
	Procedente	Civil	0	0,00
	Revoc.sent.	Penal	0	0,00
	Desestimado		0	0,00
	Mal concedido		0	0,00
	Otros		0	0,00
	Total		0	0,00
	Procedente	Civil	18	0,28

S O S	EXTRAORDINARIOS	Conf.sent.	Penal	0	0,00
		Procedente	Civil	326	5,15
		Revoc.sent.	Penal	0	0,00
		Desestimado		130	2,05
		Mal concedido		2	0,03
		Otros		6	0,09
		Total		482	7,61
		QUEJA POR EXTRAORDINARIO RECHAZADO	Procedente	Civil	8
	Conf. Sent.		Penal	0	0,00
	Procedente		Civil	73	1,15
	Revoc.sent.		Penal	0	0,00
	Desestimado			851	13,44
	Mal concedido			0	0,00
	Otros			8	0,13
	Total			940	14,85
	PREVISIONALES COLECTIVAS	Procedente	Civil	444	7,01
		Conf. Sent.	Penal	0	0,00
		Procedente	Civil	491	7,76
		Revoc.sent.	Penal	7	0,11
		Desestimado		3935	62,15
		Mal concedido		0	0,00
		Otros		0	0,00
		Total		4877	77,03
	COMPETENCIA	Civil		0	0,00
		Comercial		0	0,00
		Laboral		0	0,00
		Seguridad social		0	0,00
Cont. Adm.			0	0,00	
Penal			0	0,00	
Casacion penal			0	0,00	
Originario corte			0	0,00	
Otros			0	0,00	
Total			0	0,00	
PRESENTACIONES					

VARIAS		9	0,14
TOTAL GENERAL		6331	100

De la información desagregada del año 2011, puede apreciarse que en el total de pronunciamientos dictados (15.068), nuevamente predomina con amplitud la actuación apelada de la Corte por vía del recurso extraordinario y de la queja por denegación de aquél. Entre ambas vías de impugnación, se concentró en el año 2011 el 90 % de la actuación jurisdiccional del cimero cuerpo (84 % del total de fallos “comunes” y 99 % de las sentencias dictadas en causas previsionales⁸⁶²).

c) Tasa de éxito y de desestimación de los recursos extraordinarios.

En cuanto al nivel de éxito de los recursos extraordinarios deducidos, puede apreciarse de la siguiente tabla la considerable tasa de desestimación de este tipo de embates. Sólo un 25% de los recursos extraordinarios deducidos el año 2010 fueron admitidos y lograron la revocación del fallo atacado. La cifra descendió aún más en el año 2011 (17%). Las restantes impugnaciones fueron descartadas, sea por su inadmisibilidad -o “improcedencia formal”, como la denomina la Corte- (63% [2010]; 79,11% [2011]) o por ser desestimadas en el fondo, luego de haber sido declaradas “procedente” -*rectius*: admisibles- (12% [2010]; 3% [2011]).

Tasa de desestimación de los recursos extraordinarios CSJN (2010)					
		Comunes	Previsionales	Total	%
2010	Inadmisibles (desestimados o mal concedidos)	5.070	905	5.975	63,11
	Admisibles pero improcedentes (confirma sentencia)	971	159	1.130	11,93
	Total recursos denegados	6.041	1.064	7.105	75,04
	Admisibles y procedentes (revoca sentencia)	1.605	758	2.363	24,96
	Total 2010	7.646	1.822	9.468	100,00
2011	Inadmisibles (desestimados o mal concedidos)	5.423	983	6.406	79,11
	Admisibles pero improcedentes (confirma sentencia)	245	26	271	3,35
	Total recursos denegados	5.668	1.009	6.677	82,45

⁸⁶² Nuevamente se incluye dentro de la base para el cálculo porcentual a las causas “previsionales colectivas” (v. nota al pie anterior).

Admisibles y procedentes (revoca sentencia)	1.022	399	1.421	17,55
Total 2011	6.690	1.408	8.098	100,00

Fuente: Estadística elaborada por el autor sobre la base de los datos contenidos en las tablas precedentes, obtenidas –como fuera anticipado– de la información suministrada por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación.

d) Motivos de desestimación. Influencia del ‘certiorari’ (art. 280, CPCN)

Indagaremos finalmente en las diversas razones por las que los recursos extraordinarios son desestimados, para evaluar el impacto que posee el ‘certiorari’, como válvula de descompresión de la Corte.

En tal sentido, puede verificarse de la información contenida en las dos siguientes tablas que, en lo concerniente a la competencia apelada de la Corte en causas “comunes”, casi la mitad de las decisiones desestimatorias responden a la aplicación del art. 280 del CPCN; mientras que, en el ámbito previsional, dicha alícuota se incrementa notablemente (78,4% [2010]; 81,2% [2011]):

Causales de desestimación de recurso ordinario, extraordinario y queja CSJN (2010)								
	Causales	RO	Queja x RO	REX	Queja x REX	Prev. colectivas	Total	%
Causas “Comunes”	Desistimiento	0	0	2	7	-	9	0,16
	Presentacion extemporánea	1	0	12	83	-	96	1,75
	Caducidad de instancia	0	0	16	109	-	125	2,28
	Falta fundamentación	2	0	171	433	-	606	11,07
	Sentencia no definitiva	0	0	69	285	-	354	6,47
	Incumplimiento deposito	0	0	0	98	-	98	1,79
	Art. 280 CPCN	0	0	708	1.973	-	2.681	48,98
	No proviente del Tribunal Superior de la causa	0	0	1	9	-	10	0,18
	Otros	0	0	329	1.166	-	1.495	27,31
	Total causas “comunes”	3	0	1.308	4.163	-	5.474	100
Causas “Previsionales”	Desistimiento	0	0	0	0	0	0	-
	Presentacion extemporánea	0	0	0	20	0	20	1,11
	Caducidad de instancia	0	0	7	19	0	26	1,44
	Falta fundamentación	2	0	9	35	4	50	2,77
	Sentencia no definitiva	0	0	0	14	6	20	1,11
	Incumplimiento deposito	0	0	3	3	0	6	0,33
	Art. 280 CPCN	1	0	161	357	896	1.415	78,39
	No proviente del Tribunal Superior de la causa	0	0	0	0	0	0	-

Otros	0	0	6	239	23	268	14,85
Total “previsionales”	3	0	186	687	929	1.805	100

Causales de desestimación de recurso ordinario, extraordinario y queja CSJN (2011)								
	Causales	RO	Queja x RO	REX	Queja x REX	Prev. colectivas	Total	%
Causas “comunes”	Desistimiento	5	0	16	44	-	65	1,28
	Presentacion extemporánea	0	0	2	122	-	124	2,45
	Caducidad de instancia	0	0	9	105	-	114	2,25
	Falta fundamentación	0	0	84	328	-	412	8,14
	Sentencia no definitiva	0	0	53	264	-	317	6,26
	Incumplimiento depósito	0	0	1	93	-	94	1,86
	Art. 280 CPCC	0	0	761	1.722	-	2.483	49,07
	No proviene del Superior Tribunal de la Causa	0	0	1	15	-	16	0,32
	Acord. 4/2007	0	0	187	1.102	-	1289	25,47
	Otros	0	0	34	112	-	146	2,89
Total “comunes”	5	0	1.148	3.907	-	5.060	100,00	
Causas “previsionales”	Desistimiento	0	0	4	3	0	7	0,14
	Presentacion extemporánea	0	0	0	30	2	32	0,66
	Caducidad de instancia	0	0	0	13	5	18	0,37
	Falta fundamentacion	0	0	18	14	5	37	0,76
	Sentencia no definitiva	0	0	0	6	17	23	0,47
	Incumplimiento depósito	0	0	0	4	0	4	0,08
	Art. 280 CPCC	0	0	95	339	3.531	3.965	81,22
	No proviene del Superior Tribunal de la Causa	0	0	0	0	0	0	0,00
	Acordada 4/2007	0	0	7	413	355	775	15,87
	Otros	0	0	3	7	11	21	0,43
Total “previsionales”	0	0	130	851	3.935	4.916	100,00	

Fuente: Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación (con variaciones)⁸⁶³.

⁸⁶³ A la tabla original, publicada en el sitio web de la citada repartición, le hemos introducido dos modificaciones. En primer lugar, fue adicionada la referencia porcentual, no contenida en su fuente. Asimismo, se han removido los datos vinculados con los recursos de aclaratoria o revocatoria deducidos contra las sentencias de la CSN, por entender que tales embates no deben ser computados en esta parcela de la investigación, en la que se busca evaluar el impacto del ‘certiorari’ sobre la actuación total del máximo tribunal. Añadir a los recursos de revocatoria desestimados dentro de la cantidad total de embates rechazados, afectaría el rigor del cálculo porcentual aplicado a determinar la incidencia del art. 280 del CPCN como mecanismo de descongestión. Ello así, dado que el impacto de dicho instrumento como vía de descompresión de la jurisdicción apelada de la Corte debe medirse con relación a las causas ingresadas (que pueden ser desestimadas por diversas razones que se aprecian en el cuadro) y no a las ya resueltas (que son las que se ven afectadas por los recursos de reposición o aclaratoria). Es por ello que la tabla original fue modificada, removiéndose la información referida a los medios de impugnación recién citados.

Si asociamos estos guarismos con los contenidos en la tabla precedente (“Tasa de desestimación de los recursos extraordinarios”), puede advertirse que de las 9.468 decisiones adoptadas en el año 2010 sobre la admisibilidad y procedencia fondal de los recursos extraordinarios, la Corte aplicó el ‘certiorari’ negativo en 4095 oportunidades, lo que equivale al 43,26%. En el año 2011 la influencia del ‘certiorari’ negativo se incrementó notablemente: de los 8.098 fallos sobre admisibilidad y procedencia sustancial de los recursos extraordinarios, 6.448 respondieron a la aplicación del art. 280 del CPCN, lo que arroja una incidencia porcentual del 79,62% según el siguiente detalle:

Tasa de rechazo de recursos extraordinarios por aplicación del 'certiorari' (art. 280 CPCN) (CSJN: 2010-2011)			
Año		Cantidad	%
2010	Total de sentencias sobre admisibilidad o procedencia REX	9.468	100
	Total de decisiones desestimatorias por aplicación del art. 280 del CPCN	4.096	43,26
2011	Total de sentencias sobre admisibilidad o procedencia REX	8.098	100,00
	Total de decisiones desestimatorias por aplicación del art. 280 del CPCN	6.448	79,62

Fuente: Tabla confeccionada por el autor sobre la base de información suministrada por la Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación, referenciada en los cuadros anteriores.

Las tablas precedente reflejan el impacto que tiene el ‘certiorari’ en el campo de la competencia apelada extraordinaria, para la que –repetimos- ha sido pensado. Es decir, que permite analizar su eficacia cuantitativa en su ámbito de actuación específico. De esta manera, como fuera expresado, se extrae de tales guarismos que el instituto de marras ha permitido a la Corte deshacerse de entre el 43% y el 80 % de los recursos extraordinarios decididos, sin sentencia de mérito y con la mera cita del art. 280 del CPCN.

Si quisiéramos indagar en el efecto que tiene dicha descarga sobre el cúmulo total de trabajo del máximo tribunal, deberíamos comparar el número de decisiones sobre ‘certiorari’, no ya con las sentencias que resuelven recursos extraordinarios, sino con la totalidad de fallos de la Corte (es decir, incluyendo a las adoptadas en juicios originarios, recursos ordinarios, “presentaciones varias”, etc.). Ese cálculo arroja la siguiente conclusión:

Tasa de descongestión que produce el 'certiorari' (art. 280 CPCN) sobre la actividad jurisdiccional total de la Corte Suprema (CSJN: 2010 - 2011)			
Año		Cantidad	%
2010	Total de sentencias dictadas por la CSJN	13.295	100%
	Total de decisiones desestimatorias por aplicación del art. 280 del CPCN	4.096	30,81%
2011	Total de sentencias dictadas por la CSJN	15.068	100,00%
	Total de decisiones desestimatorias por aplicación del art. 280 del CPCN	6.448	42,79%

De las dos últimas tablas puede apreciarse la eficacia que posee el 'certiorari' como mecanismo de descongestión del tribunal: su utilización permitió resolver liminarmente y sin motivación entre el 43% y el 80% de los recursos extraordinarios decididos durante los años 2010 y 2011 respectivamente, lo que –a su turno- configura entre el 30% y el 43 % del total de fallos dictados por la Corte en ese período.

Hemos explicado precedentemente que la descongestión del alto cuerpo no es una finalidad en sí misma, sino un medio para asegurar que aquélla se pueda concentrar en sus cometidos institucionales más significativos. Los números aportados permiten afirmar que el instituto ha rendido sus frutos en lo concerniente a la limitación de la actuación de la Corte en el ámbito recursivo, si se tiene en cuenta el elevado porcentaje de recursos desechados por no superar el filtro de marras. Sin embargo, más allá de potenciar y mejorar cualitativamente el uso del filtro de marras, quedan otros campos de acción en los que el 'certiorari' no juega un papel central y cuya reformulación es necesario afrontar (vg., remover de su seno la decisión de cuestiones de competencia, habilitar la resolución de asuntos previsionales sobre la base de la técnica de los “casos repetitivos” –v. *supra*, capítulo segundo, par. VII, ap. 4-, la ampliación del instituto de la ejecución provisional de la sentencia -o directamente la supresión de la regla del efecto suspensivo del recurso extraordinario, con garantías adecuadas para ese 17% a 25% de recursos que anualmente son acogidos por la Corte-, etc.).

CAPÍTULO QUINTO

“Antecedentes en el derecho nacional (cont.). El ‘certiorari’ en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en Tierra del Fuego”

I. EL ‘CERTIORARI’ EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

1) Introducción

Otra de las jurisdicciones que en nuestro país contemplan instrumentos dignos de atención para el objeto de esta investigación, es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ), cabeza del actualmente limitado poder judicial de la ciudad (sólo le han sido transferidas por la Nación las materias contencioso administrativa, tributaria, electoral, de faltas y parte de la jurisdicción penal), cuenta desde el año 2000 con un dispositivo asimilable al ‘certiorari’ vigente tanto en el régimen federal (art. 280, CPCN) como en el de la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis, ley 5827).

Dispone el art. 30 de la Ley 402 (de Procedimientos ante el máximo tribunal porteño) que: “El Tribunal Superior de Justicia puede rechazar el recurso de inconstitucionalidad por *falta de agravio constitucional suficiente* o cuando las cuestiones planteadas resultaren notoriamente *insustanciales* o *carentes de trascendencia*, mediante resolución fundamentada” (énfasis agregado).

EL TSJ de la Ciudad de Buenos Aires, al igual que ocurre en nuestro país con la mayoría de los superiores tribunales de provincia, tiene una competencia originaria y otra apelada (art. 13, Const. CABA).

La primera le permite conocer fundamentalmente en los conflictos entre los poderes públicos de la ciudad, en las cuestiones de competencia entre tribunales locales (art. 26, inc. 7, ley 7), en materia electoral y de partidos políticos (hasta tanto se establezca un tribunal electoral, momento a partir del cual el TSJ pasará a actuar sólo por vía recursiva) y en las acciones declarativas de inconstitucionalidad (a través de las cuales se puede cuestionar la validez de leyes, decretos y otras normas generales locales, por ser contrarias a la Constitución Nacional o a la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

La competencia apelada, por su parte, se centra fundamentalmente en: i) el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, vía impugnativa que puede articularse en los casos en que se haya puesto en tela de juicio la interpretación y/o aplicación de las constituciones nacional y de la CABA; ii) el recurso ordinario de apelación, que sólo procede en los casos en los que la Ciudad Autónoma sea parte y siempre que el monto reclamado sea superior al determinado por la ley como *suma gravaminis*.

El instrumento de selección previsto en el art. 30 de la ley 402 sólo rige para el recurso de inconstitucionalidad.

La última estadística completa publicada por el Consejo de la Magistratura respecto de la actividad del TSJ (año 2008), arrojó un ingreso de 330 causas de contenido jurisdiccional ⁸⁶⁴, lo que obviamente muestra una carga de trabajo notoriamente inferior a la de las dos principales cortes supremas examinadas en esta investigación (la CSJN y la SCBA). La competencia apelada constituyó ese año el 86% del total de los ingresos jurisdiccionales (284 casos: 191 de contenido contencioso administrativo y tributario; 93 penales, contravencionales y de faltas), mientras que las presentaciones originarias y electorales ascendieron a 77 causas iniciadas.

En cuanto a las sentencias dictadas durante dicho período, en la resolución de recursos ordinarios y de inconstitucionalidad el TSJ registró un total de 296 pronunciamientos (184 resoluciones interlocutorias, 112 sentencias definitivas).

Tribunal Superior de Justicia (CABA) Competencia Apelada (2008)				
Competencia apelada		Ingresos	Interlocutorias	Definitivas
Penal etc		93	64	22
Contencioso	Rec. Ord.	9	120	90
	Rec Inconst.	172		
Totales		274	184	112

Fuente: Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Anuario Estadístico 2008⁸⁶⁵.

2) Dogmática del ‘certiorari’ porteño (art. 30 de la ley 402).

⁸⁶⁴ Ello importa excluir las actuaciones tramitadas por el TSJ a través de la Secretaría de Asuntos Generales, vinculadas fundamentalmente con cuestiones de administración y superintendencia del Poder Judicial de la ciudad (vg., licencias, subrogaciones, ejercicio de potestades disciplinarias, etc.).

⁸⁶⁵ Disponible en: <http://cmcaba.jusbaires.gov.ar/cmcaba/estadisticas>.

Las causales de aplicación del “certiorari” porteño (art. 30 de la ley 402), replican en buena medida lo normado en el art. 280 del CPCN, ya que -como fuera anticipado- contempla la posibilidad de desestimar liminarmente los recursos de inconstitucionalidad frente a: agravios constitucionales insuficientes, cuestiones notoriamente insustanciales o carentes de trascendencia.

En cuanto a la *insuficiencia* de los agravios constitucionales, al examinar el ‘certiorari’ vigente en la órbita federal (v. *supra* capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.3), sostuvimos que, más allá de la extrema vaguedad de la fórmula utilizada, correspondería aplicar esta variante desestimatoria frente a *deficiencias técnicas* del recurso o de *ausencia de demostración de la relación directa* entre las cláusulas constitucionales invocadas y la tutela requerida.

La jurisprudencia del TSJ reconoce la utilización de la categoría de la insuficiencia en dicha acepción, es decir, para desacreditar agravios constitucionales triviales o sólo basados en la mención etérea de garantías constitucionales presuntamente conculcadas, sin la profundidad deseable u omitiendo indicar con precisión el modo en que, una adecuada interpretación de tales principios fundamentales, conllevaría al éxito de la postulación articulada. Veamos un ejemplo de esta variante de utilización de la categoría examinada:

“El recurso de inconstitucionalidad deducido sólo contiene una enumeración de disposiciones constitucionales, que en el desarrollo del recurso no son vinculadas con sus agravios concretos. Estos sólo expresan la discrepancia del recurrente con la interpretación del art. 17 de la ley de procedimientos administrativos efectuada por la Cámara, pero sin incluir en sus argumentos razones de índole constitucional.

La referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es *insuficiente*, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad” (resaltado propio)⁸⁶⁶.

⁸⁶⁶ TSJ, CABA, Expte. n° 1465/02 “Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowski, Irene c/ GCBA s/ amparo”, sent. del 24-IV- 2002. Cabe aclarar que, en el precedente citado, no se acude al art. 30 de la ley 402 como fundamento normativo de la desestimación del recurso. Sin perjuicio de ello, el pronunciamiento contiene un valioso indicador acerca del tipo de agravios constitucionales que el alto cuerpo considera “insuficientes”.

En torno a las *cuestiones insustanciales*, se registran dos acepciones fundamentales en la jurisprudencia del TSJ. Por un lado, se ha juzgado de dicho modo a los planteos respecto de los cuales, al momento de juzgar, no subsiste un *gravamen concreto y actual* para la parte⁸⁶⁷. Y, por el otro, también se ha utilizado dicha categoría (en sintonía con la definición dada en el ámbito federal -v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.2]-), para supuestos en los que la cuestión ha sido resuelta en *casos análogos, sin aportarse elementos de juicio novedosos* para revertir la jurisprudencia precedente del máximo tribunal de la ciudad⁸⁶⁸.

Por último, la noción de *trascendencia*, que, de acuerdo a lo señalado reiteradamente en esta investigación, constituye la parcela más relevante de los mecanismos de selección examinados, no ha sido objeto de definición precisa por el alto cuerpo porteño.

En alguna oportunidad, el Dr. MAIER, actuando como vocal de dicho tribunal, aproximó la noción aludida a la de la “sustancialidad” de las cuestiones articuladas en el recurso de inconstitucionalidad, en la primera de las acepciones indicadas para esta categoría. Dicha lectura puede extraerse de la opinión del citado ex-Ministro en los casos en los que se debatiera, ante el TSJ, la inconstitucionalidad de los plazos de prescripción de los tributos locales, por apartarse de los términos extintivos previstos en el Código Civil⁸⁶⁹. Dicho debate, replicado en la totalidad de las provincias del país a partir de la consolidación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación citada en nota al pie anterior, obviamente demanda, para ser fructífero en un caso concreto,

⁸⁶⁷ TSJ, CABA, Expte. n° 4670/06, “Cavallari”, sent. del 23-XI-2006; en similar sentido, *id*, Expte. n° 3938/05 “Ramos Beltrán”, sent. del 5-V-2005; v. asimismo voto de los Dres. CONDE, CASÁS y LOZANO, Expte. n° 361/00, “Gottschau”, sent. del 11-IV-2007.

⁸⁶⁸ TSJ, CABA, Expte. n° 3981/05, “Arancibe”, sent. del 12-X-2005; v. asimismo voto del Dr. LOZANO en los exptes. n° 3274/04, “Vidal”, sent. del 13-IV-2005 y n° 3886/05 “Morales”, sent. del 31-VIII-2005.

Sostuvo en el primero de los precedentes citados el Dr. CASÁS (a quien adhirieron los Dres. RUIZ, CONDE y MAIER): “toda vez que la quejosa no ha aportado nuevos argumentos que conmuevan el criterio sentado con anterioridad en casos análogos, la cuestión planteada puede ser considerada insustancial art. 30, ley n° 402) y, por consiguiente, el recurso de la parte actora debe declararse mal concedido”.

⁸⁶⁹ Nos referimos a la secuela de casos tramitados en todas las Provincias (y también en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), en los que los contribuyentes cuestionan la legislación tributaria local que prevé plazos de prescripción, para dicho tipo de créditos, mayores que las que el Código Civil dispone con carácter general para la extinción de obligaciones periódicas. La Corte Suprema de la Nación ha considerado que dichas disposiciones locales son inconstitucionales, afirmando que “legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción de los tributos en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, ya que las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local” (v. entre otros, “Fallos” 326:3899, “Filcrosa” [2003]).

que los plazos locales y nacionales sean diversos. Al no cumplirse esta nota de diversidad (condición necesaria para contraponer los términos extintivos previstos en uno y otro ordenamiento), el debate constitucional se torna, para MAIER, “intrascendente”; es decir, que su resolución no tendrá un desenlace útil:

“[...] [P]or razones de identidad —valorada ahora en sentido material y no subjetivo— resultaría improductivo denunciar como irrazonables los plazos de prescripción vigentes en la ciudad en materia impositiva que sólo reproducen los términos contemplados en normas nacionales ya citadas. Para que un planteo tal, que no se formuló en este caso, pudiera tener éxito debería progresar primero la imputación en relación con los plazos nacionales. Mientras subsista la identidad mencionada el argumento no es viable.

Lo argumentado *bastaría para tornar intrascendente el caso, que no revela, al menos hasta el momento, discrepancia alguna entre la legislación nacional y la local [...]*, más aún si se repara en que la legislación provincial más conocida también coincide con estos plazos y con este modo de regular la prescripción tributaria” (énfasis propio)⁸⁷⁰.

Se asimila así la trascendencia del debate a su relevancia o conducencia para resolver la contienda, lo que equivale a sostener que la cuestión sería intrascendente cuando no suscita gravamen actual. Se trata, obvio es decirlo, de una utilización “débil” de la noción de trascendencia, ya que no es aplicada en estos casos como instrumento de selección de causas, sino simplemente para abortar rápidamente recursos en los que se traen argumentos que, por más que sean acertados, carecen de incidencia para dirimir el pleito⁸⁷¹. Decisión para la que, como es sabido, no se requiere una habilitación legal como la contenida en el art. 30 de la ley 402, ya que basta a tales efectos con acudir a conceptos básicos de la teoría general de la impugnación, como la idea de que el

⁸⁷⁰ Del voto del Dr. MAIER, *in re* “Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c/ DGR (Res. 1881/DGR/2000) s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR (art. 114 Cod. Fisc.)”, expte. n° 2192/03 Expte. n° 2594/03, sent. del 17-XI-2003; *id.*, *in re* “YPF S.A. c/ DGR (Res. n° 480-DGR-2000) s/ recurso apelación judicial c/ decisiones DGR (art. 114 Código Fiscal) s/ recurso de apelación ordinario concedido”, sent. del 11-V-2004.

⁸⁷¹ Una línea similar de utilización “débil” de la voz “intrascendencia” para referirse a planteos inconducentes puede también encontrarse en el voto del Dr. CASÁS en la causa “Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Kostzer, Moisés c/ Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. n° 2541/03, sent. del 25-II-2004. En dicha opinión, luego de explicarse las razones por las que uno de los planteos articulados por el quejoso era inidóneo para lograr la revisión pretendida por vía recursiva, se concluyó que: “la vigencia de una norma como la ley n° 104 resulta *intrascendente* a los fines de esclarecer el presente conflicto” (cursiva propia).

“interés” o “gravamen” constituyen condiciones indispensables para la admisibilidad de todo recurso.

Una aproximación más acorde con el sentido tradicionalmente asignado a la categoría de la intrascendencia como motivo del ‘certiorari’ vigente en las jurisdicciones analizadas en esta obra, puede encontrarse en otro *obiter dicta* del Dr. MAIER, referido a la posibilidad de invocar la doctrina de la arbitrariedad en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad local. Al justificar su posición sobre este debate, que ha concluido hace tiempo con la recepción de dicha doctrina excepcional por parte del TSJ con similares alcances a los que posee en la órbita federal, el citado ex Ministro del órgano cimero afirmó:

“[...] mi opinión ha sido todavía más estricta que aquella de mis colegas o de la Corte Suprema respecto del mencionado motivo de arbitrariedad. Sintéticamente expresada esa opinión, ella dice: a) la instancia de mérito regulada por las leyes procesales termina antes de los recursos extraordinarios, dispuestos por la misma ley que concede a los tribunales superiores competencias también extraordinarias, competencias que tienden al custodio del respeto del rango institucional de las leyes; b) la extensión de la doctrina de la Corte Suprema sobre el punto tiende a vaciar la definición de ‘arbitrariedad’ para reemplazarla por la que corresponde al agravio personal de la parte que recurre, requisito previo de todo recurso; c) los tribunales superiores deben evitar exceder su competencia para transformarse en tribunales de mérito, pues ello significa, cualquiera que sea la vía utilizada, sobrepasar el poder que la ley les confiere; y d) *desde el punto de vista práctico*, la apertura de la definición de una palabra y, consecuentemente, de la competencia del tribunal, *lo expone a* arbitrariedades superiores a las que pretende cancelar, pero, *sobre todo, a la intrascendencia de sus decisiones*”⁸⁷².

Como puede advertirse, aun cuando tampoco se trate de una contienda en la que se haya puesto en tela de juicio la interpretación del art. 30 de la ley 402, la última reflexión contenida en el sufragio transcripto, aproxima la noción de trascendencia al perfil que se le asigna en esta investigación. La idea que subyace en la frase final del entonces magistrado que llevó la palabra, es que si se expandiera la doctrina de la arbitrariedad al punto de transformarla en un comodín facilitador que permita criticar aspectos como la valoración de la prueba u otros defectos de la sentencia que sólo

⁸⁷² Del voto del Dr. MAIER en la causa “Conde, Darío Miguel c/ GIBA (Dirección General de Espacios Verdes – Departamento Arbolado Urbano) s/ daños y perjuicios”, Expte. n° 5221/07, sent. del 19-III- 2008.

atañen al *ius litigatoris*, se corre el riesgo de exponer a la Corte a la resolución masiva de cuestiones “intrascendentes”.

Una particularidad destacable del régimen de la Ciudad de Buenos Aires, que lo distingue de sus pares estudiados en esta obra (art. 280 del CPCN y 31 bis, ley 5827 – texto según ley 13.812-), es la *necesidad de motivar la decisión* que rechaza el embate. Esta nota distintiva, ha sido considerada por GIL DOMÍNGUEZ como un “paso importantísimo” hacia la validez constitucional del citado resorte, por alejar la posibilidad de un ejercicio discrecional “absoluto y abusivo”⁸⁷³.

En las no tan numerosas ocasiones en las que el TSJ acudió a dicho precepto para desestimar los recursos llevados a sus estrados, el máximo tribunal ha dado cumplimiento a la aludida imposición legal de fundamentación, avanzando más allá de la mera cita del dispositivo aludido o de la sola indicación de la causal por el que se acude a él. Nos permitimos transcribir un precedente de dicho tenor, para que pueda apreciarse la diferencia en los alcances de la motivación aplicada en esta sede, respecto de lo que –como vimos- sucede en el ámbito federal con el art. 280 del CPCN. Acudiremos a un caso en el que el art. 30 de la ley 402 fue aplicado para desestimar un recurso de inconstitucionalidad en el que se articularan cuestiones “insustanciales”:

[...] 3. Al respecto [...] debe recordarse que el Tribunal en las causas ‘Jasmín, José Alberto y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido’, expte. n° 2282/03, sentencia del 1° de octubre de 2003 y ‘Vidal, Sonia Miriam y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido’, sentencia del 13 de abril de 2005, compartió el criterio de la Cámara en cuanto entiende que la cuestión se ha tornado abstracta. Así, se señaló que: ‘el art. 26 del citado decreto [el 895/02] no ha derogado la prestación ‘Pago de hotel por 15 días’ prevista en el ‘Programa para las familias sin techo’, que está incluido en el ‘Programa integrador para personas y grupos familiares que carecen de vivienda y permanecen en la calle’, que como Anexo I aprobó el decreto n° 607/97. El art. 26 del decreto n° 895/02 sólo dispuso la pérdida de vigencia del plazo de quince días por el que se brindaba la prestación. La interpretación sistemática del decreto permite fundar esta afirmación, pues el art. 19 establece que ‘aquellos beneficiarios de los programas preexistentes que se encuentren alojados en hoteles, podrán optar por permanecer en la actual situación o acogerse al régimen establecido por el presente decreto’. La referencia a ‘la actual situación’ hace alusión a la situación fáctica y normativa, es decir a su alojamiento conforme al programa prestacional por el que

⁸⁷³ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “¿Es la República Argentina un estado violador de los derechos humanos ...”, cit. esp. p. 1327.

eran asistidos a la fecha del dictado del nuevo decreto. De tal manera, el egreso de esos programas sólo puede disponerse una vez cumplidos los objetivos generales y especiales previstos en tales programas. Como puede verse, el peligro de desalojo intempestivo que motivó el amparo ha cesado’.

Asimismo, el Tribunal sostuvo en los fallos citados que ‘[e]l objeto pretendido en este amparo se agotó: la asistencia habitacional se mantiene por vía de subsidio, o de alojamiento en hoteles, para los beneficiarios originales del decreto 607/97 (...) [n]inguna de las consecuencias accesorias que plantea la demanda, a raíz de lo dispuesto por las normas indicadas, requiere mayores precisiones de una sentencia judicial. La forma en que las autoridades de aplicación ejecuten los programas bajo análisis, las dificultades que en su curso se presenten y los posibles planteos que al respecto puedan formular los interesados exceden el ámbito del amparo por revestir el carácter de presunciones o meras hipótesis sin virtud para configurar el daño actual o inminente que subsana o previene el amparo ante supuestas situaciones de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta’.

Resulta aplicable, también, aquello que se dejó señalado en dichos casos: ‘El pronunciamiento de la Cámara que, al cotejar la demanda con las normas dictadas con posterioridad a la iniciación del proceso, consideró que el decreto n° 895/02 puso fin al riesgo de desalojo de los actores —situación que motivó la interposición del amparo— no les impide a ellos promover, frente a nuevas situaciones que afecten las prestaciones previstas en los programas asistenciales que los benefician (...) los procesos judiciales que estimen pertinentes. El objeto pretendido en este amparo se agotó...’.

4. Por todo lo expuesto, y toda vez que la quejosa no ha aportado nuevos argumentos que conmuevan el criterio sentado con anterioridad en casos análogos, *la cuestión planteada puede ser considerada insustancial* (art. 30, ley n° 402) y, por consiguiente, el recurso de la parte actora debe declararse mal concedido” (cursiva propia)⁸⁷⁴.

Puede verse así que la motivación aplicada por el máximo tribunal de la ciudad, es significativamente más extensa que la suscinta fórmula a la que acude la Corte Suprema de la Nación en los supuestos de aplicación del art. 280 del CPCN. No puede ser obviado, de todos modos, que la carga de trabajo del TSJ es abiertamente más reducida que la de su par federal, lo que obviamente incide en las posibilidades materiales de desarrollar en cada caso una justificación del género.

Pero lo más importante es destacar que el alto cuerpo porteño no ha hecho uso aún de la parcela de la herramienta analizada que mayores inconvenientes suscita a la hora de equilibrar la fundamentación de la solución adoptada. Nos referimos, claro está, a la desestimación de recursos basados en el criterio de la “trascendencia”, ámbito en el cual el *quid* de la limitación de la motivación se agudiza (remitimos sobre este punto a la

⁸⁷⁴ TSJ, Ciudad Autónoma de Bs. As., Expte. n° 3981/05, “Arancibe” (voto del Dr. CASÁS, a quien adhirieron los Dres. RUIZ, CONDE y MAIER).

idéntica salvedad que formulamos al estudiar el régimen de la Provincia de Buenos Aires, en el que también se advierte una práctica más generosa en cuanto a la motivación, aunque no se ha planteado aún la utilización del ‘certiorari’ como filtro de “trascendencia”, v. *infra*, capítulo sexto, par. IV, ap. 6).

II. EL ‘CERTIORARI’ EN TIERRA DEL FUEGO

Otra jurisdicción que le ha asignado potestades cualitativas de selección al tribunal ubicado en el vértice de la estructura judicial, es la Provincia de Tierra del Fuego.

Acudiendo explícitamente a la denominación que, sin reconocimiento normativo, había ganado espacio en la literatura nacional (‘certiorari’), el codificador austral habilitó al Superior Tribunal provincial a desestimar los recursos de casación incoados ante sus estrados, frente a la insuficiencia de los agravios deducidos o a la articulación de cuestiones insustanciales o privadas de trascendencia.

Así lo dispone el art. 293 del Código Procesal Civil fueguino:

“*Certiorari*. El Superior Tribunal, según su sana discreción y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso deducido por falta de agravio suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

La norma, como puede fácilmente advertirse, es una réplica casi exacta del art. 280 del CPCN. No se ha introducido siquiera la modulación prevista en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 30, ley 402) respecto del deber de fundamentación, ni la indicación contenida en el art. 31 bis de la ley 5827 en la Provincia de Buenos Aires (conf. ref. ley 13.812) relativa a la necesidad de señalar la causal por la que se acude al resorte de marras. Al igual que en el ordenamiento federal, el legislador de Tierra del Fuego habilitó al máximo tribunal local a declarar la inadmisibilidad de los recursos de casación, con la sola cita del precepto de marras, sin más adiciones.

Frente a la ausencia de precedentes relevantes relativos a la utilización del precepto en esta jurisdicción, no es posible extraer de la experiencia fueguina más elementos de juicio que el contenido de sus cláusulas.

Sólo cabe poner de resalto la particular circunstancia, también advertida al hacer referencia al ‘certiorari’ vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de haberse reconocido este tipo de potestades en cabeza de tribunales superiores que no transitan por una crisis asociable a la sobrecarga de tareas.

III. PROYECTO DE INCORPORACIÓN DEL ‘CERTIORARI’ EN RÍO NEGRO.

En el año 2005, el Superior Tribunal de Río Negro presentó un proyecto de reformas al Código Procesal Civil, entre cuyas previsiones se disponía la incorporación de un resorte similar al ‘certiorari’⁸⁷⁵.

Así mediante la modificación del art. 292 del CPC, se procuraba habilitar a dicho alto cuerpo provincial a desestimar los recursos de casación deducidos ante sus estrados “*con la sola invocación de esta norma en los supuestos de inobservancia de algunos de los requisitos de admisibilidad formal o cuando el planteo resultare insustancial o infundado, con adecuada merituación*”.

Como puede advertirse, en el texto propuesto no se incorporaba el estándar de la “trascendencia”, principal instrumento de selección que acuerdan sus pares de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires (arts. 280, CPCN; 31 bis, ley 5827). Sin embargo, es de recordar que la voz cuestión “insustancial” ha sido considerada en más de una oportunidad como sinónimo de cuestión “intrascendente”⁸⁷⁶; por lo que, siguiendo dicha interpretación, el dispositivo de marras hubiera podido transformarse en un verdadero filtro de selección cualitativo de las causas que ingresaran ante el Superior Tribunal patagónico.

En cuanto a la motivación exigida para este tipo de decisiones, tema central de la problemática del ‘certiorari’ (como se explica en diversos capítulos de esta investigación), la propuesta no era del todo clara. Por un lado, al igual que el citado art. 280 del ordenamiento adjetivo nacional, el proyecto permitía la desestimación de los recursos “con la sola invocación” del precepto. Sin embargo, en la parte final del texto transcrito, se agregaba que la decisión respectiva debía contener una “adecuada merituación”. Podría haberse interpretado que la diferencia entre la primera y la última

⁸⁷⁵ Da cuenta de dicho proyecto: GALLEGO, Richar F., “Comentarios al proyecto de reformas del Código Procesal Civil y Comercial de La Prov. de Río Negro”, en *El Dial* del 26-IX-2005 (elDial.com – DC702).

⁸⁷⁶ V. *infra*, capítulo sexto, par. IV, ap. 4.5].

parte del precepto respondía a una falla en la técnica de redacción de la norma y que, en definitiva, la frase final (que imponía merituar adecuadamente el caso) modificaba la primera parcela (para la que parecía bastar con la “sola” cita legal como sustento del rechazo). Esta línea hermenéutica, hubiera desembocado en la exigencia, para el Superior Tribunal, de completar la motivación del fallo con una explicación, aunque sea sintética, de las razones por las que un caso no superaba el filtro. Pero otra interpretación era posible: entender que la “merituación” operaría en la fase decisoria, imponiéndole al Superior Tribunal juzgar adecuadamente la presencia de los presupuestos para la aplicación del ‘certiorari’, por fuera de que la fase de justificación (motivación propiamente dicha) se acotaría al extremo, permitiéndose la desestimación del embate con la sola cita del dispositivo legal aludido. Ello explicaría la duplicidad de soluciones en una misma regla, sin acudir a la sospecha de imperfección en la técnica legislativa que, como es sabido, no puede presumirse⁸⁷⁷.

De todos modos, dicho dilema no tuvo necesidad de ser abordado por la Corte ni por los estudiosos de la casación rionegrina, ya que la propuesta no tuvo acogida, habiendo sido descartada la incorporación de todo instrumento de este género en el actual Código Procesal Civil de la Provincia de Río Negro (Ley Provincial 4142, sancionada el 28-XI-2006)⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ CSJN, “Fallos” 310:195; 312:1614 y 1849; 313:132 y 1149; 314:458; 315:727; 319:1131; 321:2453 y 324:1481, entre otros.

⁸⁷⁸ La propuesta de incorporación de dicho mecanismo de selección de asuntos en cabeza del Superior Tribunal de Río Negro, no fue siquiera incluido en el texto original del documento elaborado por la Comisión para la Reforma del Código Procesal Civil que, a través del máximo tribunal provincial, fuera presentado en la Legislatura como proyecto de ley que se transformaría en el actual CPC rionegrino (puede consultarse el texto del proyecto original y su exposición de motivos en: <http://www.legisrn.gov.ar/DIGESCON/condigstan.php>).

CAPÍTULO SEXTO

“El ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires ¿Hacia una reformulación de la casación local?”

I. INTRODUCCIÓN

a) Pese a que –como fuera anticipado y resulta por demás conocido- la República Argentina se organizó constitucionalmente sobre la base del modelo norteamericano, la implementación efectiva de las instituciones locales, a partir del principio de autonomía previsto por el régimen federal de la Constitución Nacional de 1853-1860, lejos estuvo de seguir las tendencias nacidas del país del norte.

Es que si bien los Estados Unidos configuraban para dicha época un camino a imitar como paradigma de democracia moderna basada en una organización institucional pos-revolucionaria (o pos-colonial) en el continente, lo cierto es que las provincias argentinas, para ese entonces, estaban empapadas de la cultura hispánica. Tendencia que se mantuvo luego del fenómeno de la inmigración masiva (fines del siglo XIX, principios del siglo XX), que guió a nuestro país hacia una cosmovisión fuertemente arraigada en la tradición jurídica continental-europea.

La organización de la justicia local y, en especial, la de la Provincia de Buenos Aires (preexistente a la Constitución Nacional de 1853), obviamente no fue ajena a dichas influencias. Una de las más evidentes recepciones del ideario hispánico (y, a través de él o, en ocasiones, autónomamente, del pensamiento jurídico francés), puede advertirse en el régimen de casación instrumentado en esta jurisdicción.

Los antecedentes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires se remontan a las etapas previas a la emancipación patria⁸⁷⁹. Su antecedente mediato es la Real Audiencia de Buenos Aires, cuya primera etapa transcurrió durante los años 1661 a

⁸⁷⁹ Véase un panorama histórico del máximo tribunal bonaerense en HELGUERA, María del C. - DURÁN, Claudia - CORVA, María A., “Antecedentes Históricos”, capítulo primero de la obra colectiva *Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires –Historia, organización, competencia-*, La Plata, Ed. Función Pública, 1997, pp. 7-44; HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., pp. 491-492; IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, § 114 y 190, pp. 198 y 251-252; v. asimismo, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. *Centenario (1875-1975)*, La Plata, 1975, especialmente secciones 2 y 3, pp. 71-243; v. tb., la contribución, en el último volumen citado, de ORSI, René S., “El Poder Judicial de Buenos Aires según la Convención Constituyente de 1870-1973” [*rectius*: “1873”], ob. cit., pp. 30-66.

1672 y la segunda, entre 1782 y 1812; pasando, una vez iniciado el período patrio⁸⁸⁰ y hasta 1854 a funcionar como Cámara de Apelaciones.

Dicho antecedente orgánico, de todos modos, no tuvo un reflejo automático en el diseño final de las atribuciones de la Suprema Corte bonaerense. En efecto, la Asamblea Constituyente de 1873⁸⁸¹, texto fundamental de la organización institucional de la Provincia luego de su incorporación a la Confederación Argentina, buscó de modo explícito alejarse del esquema judicial colonial, revisando la propuesta original llevada a su consideración y creando una comisión en su seno para el estudio de un modelo diverso para el sistema de justicia⁸⁸². En lo que aquí interesa, dicha comisión propuso apartarse del sistema recursivo colonial, en el que el Superior Tribunal, a similitud de la Real Audiencia, actuara como órgano de apelación en segundo grado. Así, alejándose de la iniciativa originalmente llevada ante la Convención de 1873, dicho cuerpo consultivo sugirió la creación de un órgano con funciones casatorias, previendo en la misma Constitución los recursos a través de los cuales dicha misión sería desarrollada. La propuesta fue aprobada, teniendo así nacimiento la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, con su fisonomía actual, que -como lo expresa ORSI- fue la “estructuración orgánica más importante” producida en el Poder Judicial por la Constitución de 1873⁸⁸³. A dos años de su creación (1875), la Corte comenzó a funcionar efectivamente.

⁸⁸⁰ Mediante el *Reglamento de Institución y Administración de Justicia*, del 23 de enero de 1812, se suprimieron las Reales Audiencias, siendo reemplazadas por Cámaras de Apelaciones, que resultaban competentes para conocer en “las instancias de apelación, segunda suplicación [y] recursos ordinarios y extraordinarios por injusticia o nulidad notoria” (arts. 12 y 25). Con lo cual las Cámaras no sólo asumían competencias de alzada ordinaria, sino que también hacían propias atribuciones que antes de la emancipación correspondían a la monarquía a través del Supremo Consejo de Indias, como el conocimiento de los recursos de “segunda suplicación” y de “nulidad e injusticia notoria”. Con posterioridad a partir del Estatuto Provisional de 1815, los recursos extraordinarios de segunda suplicación, nulidad e injusticia notoria quedaron a cargo de tribunales especiales nombrados *ad-hoc* (v. ORSI, René, “El Poder Judicial de Buenos Aires ...”, cit., pp. 38-39).

⁸⁸¹ Si bien la Constitución de 1854, anterior a la incorporación de la Provincia a la Confederación, preveía la instauración de un Tribunal Superior (art. 120), fue recién con la Constitución de 1873 que la Suprema Corte fue creada como tal, con una fisonomía similar a la actual (arts. 156 a 159)

⁸⁸² V. sobre los rasgos generales de la justicia colonial y la organización judicial de la Provincia de Buenos Aires hasta 1852: IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *La organización judicial argentina*, La Facultad - Bernabé y Cía, Bs. As., 1938, capítulos primero y cuarto respectivamente, pp. 1-35 y 157-260. Sobre los debates de la Convención Constituyente de 1873 y la decisión de apartarse del modelo llevado a su seno y de analizar el nuevo diseño que desembocara en la creación de la Suprema Corte bonaerense como tal, v. VARELA, Luis V. (Dir.), *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires: 1870-1873*, consultada la reimpresión: La Plata, 1887.

⁸⁸³ ORSI, René S., ob. cit. p. 35.

El semblante que a partir de allí exhibe la SCBA, cuenta con rasgos multifacéticos y amplísimas competencias constitucionalmente asignadas⁸⁸⁴: i) algunos de sus perfiles muestran claras influencias del sistema norteamericano y resultan ajenos a todo influjo colonial o hispánico, como ocurre con las competencias de control constitucional (por vía originaria y apelada) dispuesta en el art. 156 inc. 1 de la Constitución de 1873 (actualmente, art. 161, inc. 1)⁸⁸⁵; ii) otros se orientan plenamente hacia la consagración de instituciones de fuente franco-hispana, como ocurre con la actuación de la Corte como tribunal de casación, al conferírsele la potestad de inpeccionar la correcta aplicación de la ley por parte de los tribunales inferiores (art. 156, inc. 6, Const. Pcial [1873]; actualmente, art. 161, inc. 3, ap. a)).

Es de recordar que hasta la reforma de 1994, la Suprema Corte también reservaba para sí la competencia originaria y exclusiva de resolver todas las causas contencioso-administrativas, que al día de hoy tramitan ante un fuero específico de doble instancia y sólo pueden llegar a sus estrados por vía apelada. Nótese entonces que, que en su modelo original la SCBA era: i) un tribunal constitucional (a veces actuando originariamente y a veces como última instancia local); ii) una corte de casación con las funciones tradicionales de nomofilaxis y uniformación del derecho en general; iii) el tribunal contencioso-administrativo de la Provincia más importante del país; iv) entre otras funciones administrativas adicionales (vg., disciplinarias, participación en proyectos de ley, etc.).

Dichas bases, con excepción de la competencia originaria en lo contencioso-administrativo, han sido mantenidas sustancialmente hasta la actualidad. Sobre tales cimientos la SCBA ejercita, desde hace casi un siglo y medio, su competencia apelada

⁸⁸⁴ La extensión de las atribuciones de la Suprema Corte bonaerense ha sido destacada desde hace mucho tiempo por los estudiosos de la organización judicial de nuestro país. Así, GONZÁLEZ CALDERÓN, exagerando la comparación, señalaba a inicios del siglo pasado que “Las atribuciones de que dispone la suprema corte provincial para el ejercicio de su jurisdicción inmensa, han sido, con entera verdad, comparadas á la figura con que se ha querido describir la omnipotencia del parlamento inglés: parece coutermplarse [sic por: contemplarse] un enorme elefante que pasca [pasa] su trompa por todos los ámbitos del país” (GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *La función judicial en la Constitución Argentina*, Librería Nacional, Bs. As., 1911, p. 146). En similar sentido, Carlos DE LA VEGA ha señalado que: “La suprema corte de la provincia de Buenos Aires, reúne una suma tan considerable de poderes, que no se sabe de otro tribunal de justicia que los tenga más variados ni más extensos” (DE LA VEGA, Carlos, trabajo contenido en JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, t. II, Abeledo, Bs. As., 2° ed., 1919, p. 126).

⁸⁸⁵ Cabe señalar que, para ese entonces, en nuestro país, ya había sido reglamentada la competencia de la Corte Suprema de la Nación, siguiendo los lineamientos del máximo tribunal estadounidense (conf. art. 14, ley 48 [1863]).

(recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, de nulidad ⁸⁸⁶ y de inconstitucionalidad).

b) En lo que atañe a esta investigación, interesa destacar que, a fines de 2002, a través de la ley 12.961, la Provincia de Buenos Aires comenzó a transitar un camino que la llevaría, en el 2008, a la incorporación de un instrumento de selección cualitativo de causas en cabeza de la Suprema Corte de Justicia, basado especialmente en el parámetro de trascendencia y, en buena medida, asimilable al previsto en el art. 280 del CPCN para la competencia apelada de la Corte Suprema de la Nación.

Como luego veremos, dicho cambio significativo en la lógica de admisión de los recursos extraordinarios tramitados ante los más elevados estrados de la justicia local, puede coadyuvar a una revisión del histórico modelo de casación vigente en esta jurisdicción. Hasta el día de la fecha, sin embargo, dicha iniciativa no ha tenido lugar, principalmente por el hecho de que la Corte ha utilizado limitadamente el ‘certiorari’, valiéndose de él principalmente como instrumento para *agilizar el trámite* de recursos condenados al fracaso (vg., aplicando el art. 31 bis de la LOPJ para desestimar remedios insuficientemente fundados o que portan cuestiones resueltas en casos análogos). Sólo en los últimos tiempos la Corte parece haber abierto el camino para comenzar a acudir al art. 31 bis *como dispositivo de selección* propiamente dicho, es decir, como mecanismo para decidir qué casos resolver de acuerdo a la *trascendencia* de los planteos involucrados en cada uno de ellos.

La potencialidad del instituto, de todos modos, se mantiene y no es osado anticipar que, luego de la inauguración de esta última tendencia y mediando una meditación profunda acerca de la utilidad del instituto para perfeccionar el desempeño del rol institucional de la Corte sin incurrir en arbitrariedades, el alto cuerpo comience a esgrimir fluidamente el resorte de marras como filtro cualitativo. Esto es, como un tamiz que sólo habilite la apertura de esta nueva instancia superior, para conocer en aquellos asuntos que porten cuestiones auténticamente relevantes.

⁸⁸⁶ Si bien el recurso extraordinario de nulidad recién fue incorporado expresamente a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en el año 1934 (art. 149, inc. 4, ap. b)), se reconoce en general que la casación por quebrantamiento de las formas de la sentencia estaba incluida “implícitamente” en las competencias apeladas precedentes del máximo tribunal, dado que tales presupuestos adjetivos de validez de los fallos ya habían sido incorporados a la Constitución de 1873 (v. arts. 172, 173 y 178 de dicho texto), por más que ésta no previera una vía autónoma de embate a su respecto (v. IBÁÑEZ FROCHAM, *Tratado ...*, ob. cit., §114, p. 198; HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios*, ob. cit., p. 493).

c) La situación de sobrecarga de trabajo que desde hace años padece el máximo tribunal bonaerense, ha dificultado su capacidad para sentar doctrina legal relevante sobre temas de derecho de importancia general.

Dicha sobreexposición de la Corte a la resolución de miles de recursos extraordinarios al año, responde a diversas razones que no necesitan ser exteriorizadas acabadamente. Basta aquí un repaso sintético de los principales motivos por los que ha sido infructuoso todo intento de racionalizar la agenda del alto cuerpo:

Durante años se ha considerado a la *suma gravaminis* (“valor del litigio” en materia civil –*lato sensu*– o “monto de la pena” en sede punitiva) como uno de los principales métodos para regular el ingreso de causas al tribunal ubicado en la cúspide de la justicia bonaerense (arts. 278, CPCBA; 494, CPPBA; 55, ley 11.653).

Ha sido previamente destacado el escaso mérito que posee una reglamentación que mide la idoneidad de un caso para ingresar ante un tribunal superior, exclusivamente sobre la base de la cuantía reclamada. En tal sentido hemos señalado que los regímenes de admisión de los recursos extraordinarios basados fundamentalmente en el recaudo de la *suma gravaminis* orientan la actuación de la Corte Suprema hacia la custodia del *ius litigatoris* y, tendencialmente, la desapegan del empeño en el cumplimiento de sus roles institucionales, ya que le imponen pronunciarse o abstenerse de hacerlo en un determinado caso, teniendo exclusivamente en cuenta el impacto que la discusión jurídica tendrá en el patrimonio de los litigantes.

Pero además del error que dicha concepción comporta en términos de custodia del papel institucional de un tribunal de estas características, lo cierto es que dicha pauta tampoco ha resultado efectiva para reducir la actuación de la Corte al conocimiento de un número de causas compatible con sus posibilidades materiales de actuación. Las razones de dicha ineficacia relativa son varias. Veamos algunas:

Durante períodos prolongados de tiempo dicha suma, establecida por el legislador en un valor dinerario determinado, sufrió los embates de la inflación. En distintas épocas, tal efecto depreciativo fue corregido, sea por vía legislativa (actualizando periódicamente los montos por leyes sucesivas⁸⁸⁷), sea ajustando

⁸⁸⁷ Así, por ejemplo, el Dec.-Ley 8689 (1977) o la ley 11.593 (1995).

automáticamente las sumas respectivas mediante la aplicación de índices de precios⁸⁸⁸ o –lo que es similar– determinando el valor del litigio de acuerdo con coeficientes variables (como ocurre en la actualidad)⁸⁸⁹. En lo que hace a la actuación de la Corte durante las últimas décadas, hasta la referida reforma de 2010 (ley 14.141), la suma fija de \$ 25.000 hasta entonces vigente (que no se actualizaba automáticamente), había reducido de modo significativo el impacto del filtro cuantitativo examinado, como factor de contención⁸⁹⁰.

Por fuera del problema de la inflación (y consecuente depreciación de la *suma gravaminis*), otros factores coadyuvaron a enervar la plena eficacia de dicho recaudo económico. Uno de ellos es la expansión de la litigiosidad civil extrapatrimonial, con la judicialización sobreviniente de conflictos sobre derechos fundamentales, económicos, sociales, culturales, la protección del medio ambiente, de la minoridad, etc. Todos ellos, obviamente, de valor pecuniario indeterminable y por ende, exentos del recaudo de marras.

Otro aspecto a tener en cuenta es la vigencia de la doctrina “Strada - Di Mascio” elaborada por la Corte Suprema de la Nación, tantas veces referida a lo largo de esta investigación, que impone a los superiores tribunales de provincia hacer excepción al recaudo del valor del litigio cuando estén en juego cuestiones federales (incluyendo en esta categoría a la omnicompreensiva doctrina de la arbitrariedad de sentencias⁸⁹¹).

⁸⁸⁸ Por ej., el Dec.-Ley 8979 (1978), que además de actualizar el número hasta entonces vigente, determinó que el mismo se actualizaría semestralmente de acuerdo con el índice de precios mayoristas no agropecuarios que publica el Instituto Nación de Estadística y Censos (INDEC). El cálculo respectivo debía ser publicado periódicamente por la SCBA, para facilitar la estimación del valor del litigio en cada caso.

⁸⁸⁹ La ley 14.141 (BOP: 15-VI-2010), fijó la *suma gravaminis* para el recurso de inaplicabilidad de ley en “ius arancelarios”, módulos utilizados por el Dec.-Ley 8904/77, para estimar la cuantía de los honorarios profesionales de abogados y procuradores, que varían de acuerdo con la actualización de los salarios de los jueces de primera instancia (art. 9, dec. ley cit.: 1 “ius” = 1% de la remuneración del Juez de Primera Instancia).

⁸⁹⁰ La suma de \$ 25.000 había sido fijada por la citada ley 11.593 (BOP: 13-I-1995), sufriendo, luego de la devaluación monetaria producida con la crisis económica de los años 2001/2002, el impacto de un proceso inflacionario posterior que obviamente repercutió sobre la cuantía de las indemnizaciones sucesivamente fijadas en litigios patrimoniales.

Siendo que dicha ley había suprimido la actualización por índices, por considerársela contraria a la prohibición de actualización establecida con carácter general por la ley 23.928 (v. 2º párrafo de los “Fundamentos” del proyecto de ley luego aprobado), la única forma de remediar el desfasaje respectivo sólo podía provenir de una reforma legislativa.

⁸⁹¹ Más adelante nos referiremos a este delicado problema, de fuerte impacto práctico en la casación local (v. *infra* par. IV, ap. 4.7.i), lugar al que remitimos.

En definitiva, la *suma gravaminis* es una represa con demasiadas compuertas abiertas: detiene buena parte del curso de un río caudaloso, pero deja pasar más agua de la que la población en la base está en condiciones de administrar.

De todos modos, en lo que hace a nuestro objeto de estudio, el hecho de que la *suma gravaminis* no haya servido para reducir definitivamente el cúmulo de causas ingresadas a la Suprema Corte, es un dato que da más razones para celebrar que para maldecir. Si ninguno de los factores precedentes hubiera influido en la operatividad del recaudo de marras y la Corte, en consecuencia, sólo se hubiera dedicado a entender en litigios patrimoniales de elevada cuantía económica, el papel institucional de dicho cuerpo se habría debilitado sustancialmente en el curso de los años. El inconveniente, sin embargo, es que la ineficacia del recaudo referido, deja en pie el problema de la sobrecarga del máximo tribunal y la necesidad de encontrar elementos que permitan racionalizar su agenda y enfocar su actuación en sus roles más eminentes.

d) Otro de los caminos clásicos para evitar que la Corte se transforme en una nueva instancia de revisión plena, es la por demás conocida (y siempre problemática) limitación del conocimiento de dicho tribunal al reexamen de cuestiones de derecho, excluyendo, en consecuencia, de sus estrados la inspección del modo en que los tribunales de grado determinan la plataforma fáctica del caso (cuestiones de hecho y prueba). Tampoco este camino ha servido para contener la litigiosidad excesiva en la última instancia provincial.

Por fuera de las dificultades conceptuales que en todas las latitudes presenta la distinción entre *quaestio iuris* y *quaestio facti*, pueden señalarse al menos dos motivos que, en lo que ahora interesa, reducen la utilidad de dicha distinción como freno contra la sobreexposición de la competencia apelada de la Corte bonaerense.

Uno de ellos es el sobredimensionamiento de la doctrina pretoriana del “absurdo” en esta sede, tesitura utilizada frecuentemente por los recurrentes como un resorte destinado a lograr la revisión de cualquier tipo de error de hecho en el que hubieran incurrido los tribunales de grado. No importa que el cimero cuerpo haya reiterado hasta el cansancio que dicha doctrina es marcadamente excepcional y que sólo le permite reexaminar la determinación de los hechos formulada en las instancias de grado cuando se adviertan errores “manifiestos”, “ostensibles”, “palmarios”,

“extremos”, “evidentes” o “intolerables”⁸⁹². Basta que exista un instituto que le confiera semejante poder de contralor a la Corte, como para que, en ausencia de otra limitación significativa, cualquier recurrente compenetrado con la técnica propia de este tipo de impugnaciones, pueda pretender fundadamente que el tribunal penetre en el mérito del caso llevado a sus estrados, de modo de verificar si efectivamente los tribunales de grado han cometido semejante infracción a las reglas que rigen la valoración de la prueba.

Claro está que, como luego veremos con mayor detenimiento (v. *infra* par. V, ap 2), el argumento de la “excepcionalidad” de la doctrina del absurdo es empleado por la Corte fundamentalmente como instrumento de “no-decisión”; es decir, como una fórmula más o menos estereotipada para desestimar esta clase de planteos en el mérito, sin penetrar en los pormenores de la litis. Sin embargo, la sola expectativa de ser beneficiado por esta nueva instancia de revisión de los hechos del caso, por más remota que sea, favorece la multiplicación de embates extraordinarios que pretenden basarse en dicha doctrina para abrir la competencia apelada de la Corte a efectos de obtener un pronunciamiento de mérito, por más que –repetimos- la motivación del mismo tienda en estos casos a limitarse cada vez más.

Con lo cual, el valladar basado en la limitación competencial de la SCBA al abordaje de temas “de derecho” configura un nuevo ejemplo de tamiz con poros demasiado abiertos como para contener la litigiosidad excesiva en el vértice de la jurisdicción local.

e) Frente a la ineficacia de los instrumentos de contención tradicionales, en el año 2002 la Provincia de Buenos Aires dio un primer paso hacia la consagración de un filtro de selección cualitativa de los recursos extraordinarios (ley 12.961). Dicha iniciativa, limitada en sus alcances, fue luego profundizada con la incorporación del parámetro de “trascendencia” dentro de los presupuestos de aplicación del art. 31 bis de la ley 5827, a través de la ley 13.812 (2008).

A esta innovación dedicaremos el presente capítulo de la investigación. El plan expositivo será el siguiente:

⁸⁹² V. SCBA, causas C. 100.565, sent. del 12-XI-2008; C. 97.830, sent. del 11-II-2009; C. 100.091, sent. del 11-III-2009; SCBA, C 107181 sent. del 9-XII-2010; C. 108.162, sent. del 27-IV-2011, entre muchas otras.

En primer lugar, repasaremos sintéticamente la organización y funcionamiento de la Suprema Corte bonaerense. Con posterioridad, serán analizados los antecedentes legislativos de la incorporación del ‘certiorari’ en esta jurisdicción, para continuar con la dogmática del art. 31 bis de la ley 5827. En esta fase de la investigación, además de examinar la ubicación sistemática de la norma y demás dilemas que plantea su texto, estudiaremos con detenimiento las causales que dan lugar a la aplicación del instrumento (tanto en su faz “negativa” como “positiva”), haciendo especial hincapié en la innovación más poderosa que contiene dicho elenco, como es el recaudo de la “transcendencia”. Finalmente, estudiaremos el impacto que el ‘certiorari’ puede tener en el desempeño de los roles institucionales de la Suprema Corte, con especial referencia al sistema de casación civil local.

II. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. COMPETENCIA, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO (PANORAMA).

Previo a examinar el instituto del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires, consideramos necesario dar un somero panorama de la competencia, organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Fácil es advertir la importancia de este estudio introductorio, teniendo presente que el tribunal ubicado en el vértice de la Justicia bonaerense es el único órgano jurisdiccional de la provincia dotado del poder de selección que se analiza en esta obra. Por otra parte, en el curso este capítulo, dedicado al ‘certiorari’ provincial, haremos referencia a múltiples aspectos del funcionamiento de la casación local y de la organización funcional de la Corte, por lo que será necesario contar con este sintético cuadro liminar, para anticipar el ámbito en el que se desarrolla el resorte de selección previsto en el art. 31 bis de la ley 5827.

1) Competencia.

La Suprema Corte bonarense tiene diversas competencias constitucionalmente asignadas.

La primera distinción que puede formularse a su respecto, es entre las atribuciones *administrativas, institucionales y de superintendencia*, por un lado, y las *jurisdiccionales 'stricto sensu'*, por el otro.

Las primeras abarcan diversos campos de acción relativos al funcionamiento del Poder Judicial, como el nombramiento, remoción y traslado de los funcionarios y empleados de la totalidad de los tribunales de la provincia, salvo lo jueces (arts. 161, inc. 4, Const. Pcial.; 32, inc. b] ley 5827)⁸⁹³, el ejercicio del poder disciplinario sobre los mismos (art. 164, Const. Pcial.; 32, incs. d] e i], ley cit.; v. asimismo Acuerdo SCBA 3354/07⁸⁹⁴); la concesión de licencias a jueces, funcionarios y empleados (art. 32, inc. f], ley 5827); el control de gestión de cada órgano jurisdiccional del Poder Judicial (art. 32, incs. u] a x], ley 5827-, etc.), el diálogo institucional del cuerpo, que representa al Poder Judicial *in totum*, con los restantes poderes del Estado (art. 165, Const. Pcial.; 32, incs. a], p] y q] ley 5827), etc.

Si bien el estudio de estas atribuciones de la Corte no interesa especialmente en esta investigación (destinada al examen de un instituto que rige exclusivamente en la órbita jurisdiccional del tribunal), cabe destacar que se trata de labores que demandan ingentes esfuerzos de los integrantes del máximo tribunal, que cuenta a esos efectos una amplia estructura orgánica compuesta por diversas secretarías y subsecretarías dotadas

⁸⁹³ Si bien la Corte no participa activamente del procedimiento de selección y designación de jueces en la Provincia de Buenos Aires (atribución fundamentalmente ejercida por el Consejo de la Magistratura –que cuenta con un integrante de la SCBA, que preside el cuerpo-, el Senado y el Poder Ejecutivo), puede destacarse la actuación del máximo tribunal en la cobertura transitoria de órganos vacantes, a través del sistema de subrogancias y, más modernamente, la organización y supervisión del Cuerpo de Magistrados Suplentes (v. sobre este régimen: GIANNINI, Leandro, “Jueces subrogantes y suplentes: Modelos para una adecuada solución del problema de las vacantes judiciales transitorias”, en *Microjuris*, edición del 24 de junio de 2009 [MJD4308]).

⁸⁹⁴ También cabe aquí formular una aclaración concerniente al régimen de remoción, para el caso de los jueces. A partir de la garantía de inamovilidad los jueces de la Provincia sólo pueden ser removidos de sus funciones en caso de mal desempeño (art. 176, Const. Pcial.), conducta que deberá ser valorada por un Jurado de Enjuiciamiento, conformado *ad-hoc* por 5 abogados, 5 legisladores y presidido por el Presidente de la Suprema Corte (art. 182, Const. Pcial.; sistema actualmente reglamentado por ley 13.661).

Sin perjuicio de ello, la Suprema Corte ha considerado que mantiene su competencia disciplinaria, aun respecto de los jueces, para aplicar sanciones que no importen la remoción en el cargo.

Por lo que, en definitiva, las potestades disciplinarias de la SCBA aludidas en el texto se extienden: i) con plenitud a todos los empleados y funcionarios judiciales de la Provincia; ii) limitadamente, respecto de los jueces, ámbito en el que no corresponde que la Corte actúe si se valora *prima facie* que la sanción que corresponde aplicar en la especie es expulsiva (caso en el cual corresponderá remitir las actuaciones al Jurado de Enjuiciamiento).

de funcionarios y agentes que la asesoran en la toma de decisiones de dicha índole⁸⁹⁵. De hecho, los Acuerdos ordinarios de los Ministros, que tienen lugar todos los miércoles, no sólo están dedicados a la consideración y decisión final de los casos sometidos a la jurisdicción del tribunal, sino que buena parte de los mismos se dedica al debate y resolución de este tipo de cuestiones administrativas (*lato sensu*). Se trata, por ende, de una problemática que indirectamente atañe al tema del ‘certiorari’, dado que esta carga adicional de competencias institucionales de la Corte como cabeza del Poder Judicial obviamente impacta en la afectación de sus recursos materiales y humanos, quedando así con una disponibilidad más limitada para atender a su agenda estrictamente jurisdiccional.

Las atribuciones *jurisdiccionales* de la SCBA, a su turno, se dividen en dos grandes grupos: i) competencia originaria; ii) competencia apelada.

La *competencia originaria* se centra, en la actualidad, en la resolución de las acciones directas declarativas de inconstitucionalidad (arts. 161, inc. 1, Const. Pcial.; 683 a 688, CPCBA) y de las cuestiones de competencia suscitadas tanto entre los tribunales que no posean un órgano superior común, como entre los restantes poderes públicos de la Provincia –conflictos de poder- (arts. 161, inc. 2, Const. Pcial y 196; 7 a 13; 689 y 690, CPCBA; 261 y ss., decreto-ley 6769/58).

Por su parte, la *competencia apelada* de la SCBA, que es la que interesa especialmente en esta investigación, es ejercitada mediante el trámite y resolución de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, nulidad e inconstitucionalidad.

El primero de ellos (*recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*), fue diseñado desde sus orígenes para llevar adelante una función casatoria propiamente dicha, aunque actualmente se ha transformado en un carril impugnativo multifacético. Se trata de la vía más transitada ante la Corte provincial, que permite acudir a sus estrados para denunciar la violación o incorrecta aplicación de la ley (*lato sensu*) o de la doctrina legal (entendida como la jurisprudencia vigente de dicho tribunal, pertinente para resolver la materia litigiosa, v. *infra*, par. IV, ap. 4.4.c]).

⁸⁹⁵ Computando sólo a los funcionarios de cada una de dichas reparticiones (es decir, sin incluir a los empleados y demás agentes que actúan en cada una de ellas), el número de asesores supera los 120 (*Fuente*: Guía Judicial – Organismos: v. <http://www.scba.gov.ar/guia/organismos.asp>).

La interpretación amplia de la voz “ley”, contenida en los preceptos adjetivos que enuncian las causales de procedencia del embate de marras (vg., arts. 279, CPCC; 494, CPP), ha transformado a este medio de embate en un hercúleo carril “subsidiario”⁸⁹⁶, por el que ingresan todos los planteos de derecho (y hasta de hecho) que no encuentran cabida por los demás carriles (recursos de nulidad e inconstitucionalidad, cuyas causales son valoradas taxativa y restrictivamente).

Al considerarse que toda norma general y abstracta ingresa dentro de la categoría de ley, todo planteo constitucional que no pueda articularse por otro remedio extraordinario (esto es, los recursos de inconstitucionalidad o de nulidad), ingresa dentro de la vía de impugnación a la que nos venimos refiriendo.

Así, quedan encuadradas en el recurso de inaplicabilidad de ley: i) prácticamente todas las cuestiones constitucionales federales (vg., aquellas en las que se pone en juego la interpretación de la Constitución Nacional o la contraposición entre cualquier norma inferior con aquélla, etc.), las que valga recordarlo, podrán -en general- ser replanteadas ante la CSJN; ii) varias de las cuestiones constitucionales locales (especialmente, las llamadas cuestiones constitucionales “simples”, es decir, las que sólo demandan revisar la interpretación de la Constitución Provincial realizada por el *a quo*, sin que esté en juego, en paralelo, la compatibilidad entre aquélla y una norma de rango inferior⁸⁹⁷); y iii) los planteos asociados a la revisión de la interpretación y aplicación de la legislación infraconstitucional de todo tipo (civil, comercial, penal, de minería, de la seguridad social, de derecho público local, procesal⁸⁹⁸, tributaria, federal, etc.).

⁸⁹⁶ La expresión entrecomillada no está referida a la *interposición* de los recursos extraordinarios, ya que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la SCBA, en el régimen adjetivo provincial, no se admite la articulación *ad eventum* de este tipo de vías impugnativas (Ac. 40.283, sent. del 4-X-1988; Ac. 40.331, sent. del 10-IX-1991; Ac. 57.637, sent. del 15-IX-1998; Ac. 88.593, del 9-X-2003; Ac. 99.517 del 14-II-2007, etc.).

Como se explica en el texto, la alusión al carácter “subsidiario” que el recurso de inaplicabilidad de ley asume en este medio, se justifica en la utilización estratégica que todo litigante hace del mismo, cuando no tiene otro remedio que le permita revisar los errores del fallo atacado.

⁸⁹⁷ Las llamadas cuestiones constitucionales locales complejas –contraposición entre una norma general inferior y la Constitución provincial-, deben ser articuladas ante la SCBA por vía del recurso de inconstitucionalidad.

⁸⁹⁸ En lo concerniente a la materia procesal, cabe aclarar que en el ámbito penal, el recurso de inaplicabilidad de ley, por regla, no procede la revisión de tópicos de derecho adjetivo, ya que el art. 494 del CPP sólo permite cuestionar la infracción de la “ley sustantiva”. Sin embargo, existe una multiplicidad de infracciones a las reglas de enjuiciamiento penal que, en paralelo, ocasionan lesiones a garantías constitucionales o supranacionales, y que cabe admitir ante los estrados de la SCBA por aplicación de la doctrina “Strada-Di Mascio” y su progeñie, de la CSJN (v. *infra*, par. IV, ap. 4.7.i). Con lo cual, en buena medida, se reduce la operatividad práctica de la limitación de referencia.

De tal modo, mediante este primer recurso, la Corte ejerce la mayor parte de sus misiones más trascendentes: actúa como tribunal de casación *stricto sensu* (desempeñando así sus conocidas funciones de nomofilaxis y uniformación), revisa la mayoría de las cuestiones constitucionales pasibles de ser articuladas en su seno (operando como tribunal constitucional de última instancia en la Provincia) y despliega lo que se ha dado en llamar su “función axiológica”, procurando preservar la justa composición de la litis, incluso a través de la revisión del sustento fáctico de la decisión de grado (especialmente, mediante la utilización de la doctrina del “absurdo”, que encuentra en el recurso de inaplicabilidad de ley su carril adecuado de articulación).

Ya nos referiremos a estas misiones fundamentales de la SCBA, dada la importancia que adquiere dicho análisis para el estudio de procesos de selección cualitativos como el establecido en el art. 31 bis de la ley 5827. Por ahora, cabe proseguir con la prieta síntesis de los carriles impugnativos a través de los cuales el máximo tribunal estadual ejerce su competencia apelada.

El segundo de los remedios mencionados es el *recurso extraordinario de nulidad*, mediante el cual la Corte bonaerense desempeña una parte de lo que se conoce como la casación por quebrantamiento de las formas de la sentencia⁸⁹⁹. En puridad, las únicas formas que se preservan a través de esta vía, son las establecidas en los arts. 168 y 171 de la ley suprema local, como presupuestos de validez de las sentencias definitivas de los tribunales de última instancia (conf. art. 161, inc. 3, ap. b], Const. Pcial.). Las restantes infracciones procesales cometidas *en el fallo*, deben ser remediadas a través del recurso de inaplicabilidad de ley, mientras que los vicios *in procedendo* acaecidos durante la sustanciación de la litis y con anterioridad a la sentencia definitiva, deben ser atacados

⁸⁹⁹ V. BERIZONCE, Roberto, “La Casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en la doctrina jurisprudencial. Su recepción en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires de 1998”, en *Revista de Derecho Procesal*, n° 2 -Medios de Impugnación. Recursos-, v. I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

En general, sobre este medio de impugnación, v, entre otros: HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Platense, 2° ed., 1998, pp. 633 y ss.; IBÁÑEZ FRÓCHAM, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Bs. As., 1957, Ed. Bibliográfica Argentina, § 113 a 167, pp. 197 y ss.; MORELLO, Augusto M.— SOSA, Gualberto L.— BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, Platense, 2° ed., 1988, § 487 a 490, pp. 801 y ss.; PALACIO, L.E., *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2° ed., 2001, t. V, pp. 227-243; TESSONE, Alberto, *Recursos extraordinarios. Recurso de nulidad extraordinario*, Platense, 2000; GIANNINI, Leandro, “El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires (algunos aspectos técnicos)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, año 2007-I (“Nulidades”), pp. 291-345.

por incidente de nulidad, vía que debe ser promovida, tramitada y resuelta ante las instancias de grado (arts. 169 y ss. CPCBA).

De las previsiones constitucionales citadas en el párrafo anterior, se derivan las causales de procedencia del recurso extraordinario de nulidad: i) la omisión de cuestiones esenciales; ii) la falta de voto individual; iii) la falta de mayoría; iv) la ausencia de fundamentación normativa.

Por último, el *recurso de inconstitucionalidad provincial* tiene lugar frente a la presencia de cuestiones constitucionales locales “complejas”, es decir, aquellas en las que se plantea la invalidez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento provincial, bajo la sospecha de ser contrarios a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. La resolución dictada por los tribunales estaduales de última instancia sobre dicho tipo de asuntos, es susceptible de ser revisada por la SCBA, a través de esta vía recursiva⁹⁰⁰.

Mediante este abanico tripartito e infungible (principio de unicidad recursiva) de remedios extraordinarios, el máximo tribunal bonaerense ha desplegado su competencia apelada hasta la actualidad. Sobre dicha variante de actuación, opera el instrumento al que esta dedicado esta parcela de la obra, es decir, el ‘certiorari’ provincial (art. 31 bis, ley 5827).

2) Estructura y organización.

La Suprema Corte está integrada por siete jueces (art. 27, ley 5827), composición vigente desde el año 2007 (conf. ley 13.662⁹⁰¹), que redujo el número de nueve ministros que regía desde 1965 en el alto cuerpo⁹⁰².

⁹⁰⁰ Para un tratamiento general de este recurso, remitimos a: HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios* ..., ob. cit., 2º ed., pp. 667-725; IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Editorial Bibiográfica Argentina, 1957, pp. 325-354; TESSONE, Alberto, *Recursos extraordinarios. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Platense, 2007, *pásim*; GASCON COTTI, Alfredo J., “El recurso de inconstitucionalidad”, *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*, Platense, 1982, pp. 351 y ss; MORELLO – PASI LANZA - SOSA – BERIZONCE, *Códigos procesales* ..., ob. cit., v. III, pp. 871 y ss..

⁹⁰¹ BOP: 26-IV-2007.

⁹⁰² En los orígenes de la Suprema Corte como tal, la Constitución de 1873 había dispuesto una integración específica de 5 jueces, para el caso que, al año siguiente de su aprobación, la Legislatura no sancionara una ley orgánica del Poder Judicial (art. 217, inc. 1º). El criterio de determinar en la Carta Magna el número de integrantes de la SCBA fue abandonado por la Constitución de 1889, al igual que por la Constitución de 1934 (actualmente vigente, con la reforma de 1994). A partir del primero de los textos constitucionales, corresponde a la Legislatura determinar la cantidad de integrantes de la Suprema Corte, al igual que sucede en la órbita federal, con la Corte Suprema de la Nación.

Sin embargo, fue recién en 1936 cuando se modificó por primera vez la integración de la Corte, creándose dos nuevos cargos que llevaban a 7 el número de Ministros del alto cuerpo (ley 4387). En 1950, el número de

La Presidencia del cuerpo es rotativa y anual (arts. 182, Const. Pcial.; 28, ley 5827).

En cuanto a la toma de decisiones, el tribunal no se encuentra dividido en salas⁹⁰³, por lo que actúa como cuerpo en todos los ámbitos, siempre que cuente con la opinión concordante de la mayoría de sus integrantes (es decir, con la intervención de 4 de sus 7 Ministros).

Para el cumplimiento de sus funciones jurisdiccionales y de gobierno, la Suprema Corte posee una estructura amplia de funcionarios y empleados. Al día de hoy cuenta con 4 secretarías que la asesoran en el ámbito de sus atribuciones jurisdiccionales, divididas por materia (civil y comercial; penal; laboral; demandas originarias y contencioso administrativo)⁹⁰⁴ y otras 4 secretarías (con otras tantas

jueces volvió a ascender, para ser fijado en 9 (ley 5617). La primera versión de la ley orgánica del Poder Judicial (ley 5827 [1955]), dejó sin efecto la última ampliación, determinando nuevamente en 7 la cantidad de integrantes de la Suprema Corte (art. 22). En 1965, el número volvió a ser de 9 jueces (ley 7079 [1965]), integración que se mantuvo estable hasta 2007, fecha en la que –como se señala en el texto– la composición se redujo a 7.

Es de advertir que en los fundamentos de la ley 13.662, se enuncian, entre las razones de la decisión de reducir a 7 el número de jueces de la SCBA, motivos de eficiencia (resolución más expedita de los casos, sin alterar la diversidad que debe exhibir un tribunal de estas características) e institucionales (autolimitación de los poderes públicos, dado que la administración vigente, que presentó el proyecto de ley ante la Legislatura, no consideraba prudente designar dos jueces más a los que ya había tenido ocasión de nombrar en la Suprema Corte). Ya hemos visto que el primero de los fundamentos es siempre discutible, ya que depende de contingencias variables (v. capítulo segundo, par. VII], ap. 2]). El segundo fundamento es atendible, aunque sólo referible a un contexto político determinado: nombrar demasiados jueces en un mismo período gubernamental, por más que sea producto fortuito de contingencias propias de la vida de un tribunal, siempre es un signo de alarma en el sistema republicano.

Lo que merece algún reparo, es la apelación que, en los fundamentos del proyecto, se hace a la influencia que, en la decisión local, tuvo la sanción de la ley 26.183 que, como oportunamente recordáramos, también redujo el número de jueces de la Corte Suprema de la Nación, de 9 a 5 (v. *supra*, *ibidem*). La observación se debe a que, en la Provincia, no se necesitaba reparar un antecedente institucional de la gravedad de la ampliación de los jueces de la CSJN, impulsada mediante la ley 23.774. Es que, a diferencia de la integración fijada por esta última norma, aprobada en Nación para obtener una “mayoría” alineada a las tendencias políticas del gobierno de turno, la conformación de nueve jueces tenía en la Provincia más de cuarenta años de vigencia.

⁹⁰³ El texto vigente del art. 30 de la LOPJ (conf. ley 13.662, ya citada), permite a la Corte dividirse en salas para el dictado de cualquier decisión diversa a las sentencias y resoluciones interlocutorias. Hasta la actualidad, sin embargo, el máximo tribunal no ha optado por modificar reglamentariamente su integración para esta clase de actos (vg., resoluciones de superintendencia o administrativas).

⁹⁰⁴ Por resultar de interés para el tema abordado en esta investigación, cabe señalar que hasta el mes de octubre de 2009 la SCBA contaba, además, con una secretaría especializada en el análisis de admisión de la totalidad de los recursos extraordinarios llevados a sus estrados: la Secretaría de Actuación Judicial. Dicha estructura centralizaba, entre otras tareas (vg., cuestiones de competencia), la labor de asesoramiento en el estudio de la admisibilidad de los remedios extraordinarios locales, sin importar la materia fonal involucrada (civil, penal, laboral, etc.).

Dicha tradicional Secretaría de la Suprema Corte fue disuelta por Acuerdo 3455, del 9-IX-2009, decisión luego implementada por Res. del Presidente de la SCBA 17/09, del 2-X-2009 (que determinó la fecha de desaparición efectiva de la Secretaría de Actuación, el 13 de octubre de ese año).

subsecretarías) destinadas a colaborar en el cumplimiento de sus funciones administrativas, de superintendencia e institucionales (vg., la Secretaría de Personal, de Servicios Jurisdiccionales, de Administración y de Planificación; a las que pueden sumarse las Subsecretarías de Control Disciplinario, de Control de Gestión, de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad y de Tecnología Informática)⁹⁰⁵.

3) Cómo trabaja la Suprema Corte.

Como fuera advertido desde el inicio de la investigación, para un análisis adecuado de instrumentos como el ‘certiorari’, resulta interesante conocer el modo en que la Corte desempeña habitualmente sus labores, especialmente cuando –como ocurre en la Provincia de Buenos Aires y, como viéramos, también sucediera en la Nación- al momento de incorporar el mecanismo de selección aludido, el tribunal superior cuenta con una dilatada experiencia. En estos casos, un estudio del modo en que trabaja la Corte es útil para evaluar la eficacia práctica de la reforma.

No corresponde a este lugar el relato detenido del modo de funcionamiento de cada una de las estructuras del máximo tribunal reseñadas en el apartado anterior. Siendo que el art. 31 bis de la ley 5827 opera en el ámbito de la competencia apelada de la SCBA, nos dedicaremos exclusivamente al modo en que este cuerpo gestiona las causas que llegan a sus estrados, ante la interposición de alguno de los recursos extraordinarios a los que hicieramos referencia más arriba.

Los recursos extraordinarios en materia civil y comercial (expresión que utilizaremos *lato sensu*, incluyendo la materia comercial, laboral y contencioso administrativa, por compartir las reglas generales de enjuiciamiento ante la Corte, arts. 278 y ss. CPCC; 55, 56 y 63, ley 11.653; 60, ley 12.008 y modif.), deben ser interpuestos ante el tribunal que dictó la sentencia atacada, por escrito, en el plazo de 10 días de notificada la decisión en crisis. Al igual que lo que sucede con su homónimo federal, los recursos extraordinarios

A partir de allí, la tarea de asistencia a los Ministros de la Corte en materia de admisibilidad, pasó a formar parte de las competencias ordinarias de cada una de las Secretarías Jurisdiccionales aludidas en el texto (civil y comercial, penal, laboral, contencioso administrativo), según la temática sustancial involucrada en el recurso respectivo.

⁹⁰⁵ Las competencias de cada una de las Secretarías de la SCBA está reglamentada con carácter general por Acuerdo 2702 y sus remisiones.

Al listado del texto pueden sumarse otras reparticiones que no cuentan con el rango de Secretarías o Subsecretarías, pero que cumplen funciones relevantes dentro de la estructura “de gobierno” de la Suprema Corte (por ej., el Instituto de Estudios Judiciales, las Direcciones de Servicios Legales, de Comunicación y Prensa, de la Justicia de Paz Letrada, etc.).

locales deben ser fundados conjuntamente con su interposición, exigiéndose una técnica rigurosa para desarrollar adecuadamente la crítica respectiva, como veremos más adelante (v. *infra*, par. IV, ap. 4.3).

Una vez deducido, corresponde al tribunal *a quo* analizar, sin sustanciación alguna⁹⁰⁶, las condiciones formales de admisibilidad del recurso, quedando fuera de su ámbito cognoscitivo la verificación de los presupuestos de aplicación del ‘certiorari’ local⁹⁰⁷, como son la insuficiencia del embate, la existencia de precedentes análogos que permitan descartar la tesis del impugnante o la intrascendencia de las cuestiones articuladas (no así la hipótesis de “ausencia de requisitos esenciales”, que –de ser asimilada a la falta de recaudos de admisibilidad del embate- se superpondrán con los estudiados por el tribunal inferior en los términos del art. 281 del CPCBA). La trascendencia de las cuestiones articuladas en el recurso, concepto cardinal dentro de los enunciados en el art. 31 bis de la ley 5827, como veremos más adelante, constituye un recaudo de admisibilidad con un régimen particular, ya que –en lo que aquí respecta- sólo puede ser controlado por el *ad quem* (v. *infra*, par. VI, ap. 5]).

Si la impugnación supera la primera inspección formal del tribunal inferior, el caso es elevado directamente a la Corte. De lo contrario (es decir, frente a la desestimación del recurso por el *a quo*), el interesado podrá acudir directamente en queja ante el máximo tribunal (art. 292, CPCC), procurando revisar dicha decisión. Este pedido es resuelto sin sustanciación alguna, a través de una resolución interlocutoria en la que la Corte debe analizar, además de los recaudos que el órgano de origen consideró incumplidos, la presencia de las demás exigencias formales del recurso.

En caso de admisión por parte del tribunal de origen, el expediente –como fuera adelantado- es remitido a la SCBA para su tratamiento.

La causa ingresa por la secretaría jurisdiccional correspondiente (vg., civil, laboral, etc.), en la que tramitará hasta su resolución final. La Corte, en esta fase de

⁹⁰⁶ Como veremos, la parte recurrida recién es oída en este trámite, luego del dictado de la providencia de autos, por lo que usualmente no tiene oportunidad de actuar en la fase inicial del procedimiento recursivo. Lo que –lo anticipamos- genera inconvenientes que harían prudente una reforma legislativa sobre el punto (v. *infra*, par. IV, ap. 2.3 y par. VI, ap. 2.a).

⁹⁰⁷ En el campo terminológico, BERIZONCE distingue entre las condiciones “formales” y “sustanciales” de admisibilidad, reservando la última categoría para los presupuestos de aplicación del art. 31 bis de la ley 5827 (BERIZONCE, Roberto, “El sistema de admisibilidad formal y sustancial de los recursos extraordinarios y la tutela de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, n° 1, pp. 223-242 (esp. pp. 238-241).

enjuiciamiento, lleva adelante un segundo análisis de admisión, esta vez propio, que no está regulado en el ordenamiento adjetivo. Si el tribunal *a quo* hubiera concedido el recurso por no advertir el incumplimiento de alguno de sus recaudos formales (vg., plazo, sentencia definitiva, *suma gravaminis*, depósito previo, etc.), la SCBA puede desestimarlos liminarmente (en el caso del depósito del art. 280 del CPCC: previa intimación al recurrente), decisión tradicionalmente adoptada a través de una resolución interlocutoria.

Si, por el contrario, la Corte advierte que el camino está allanado para la admisión del embate, no dicta resolución alguna dando por cumplidos los recaudos de marras (detalle que, como veremos, tiene algún significado a la hora de evaluar nuevamente la admisión del recurso o incluso la aplicación del ‘certiorari’, en oportunidad de dictar la sentencia definitiva –v. especialmente, par. IV, ap 2). En este caso, el control de admisibilidad permanece “invisible”, no arrojando resultados explícitos en el expediente.

Modernamente, esta fase de admisión liminar (preferentemente orientada –como vimos– al estudio de los recaudos formales de la impugnación extraordinaria: legitimación, plazo, depósito previo, *suma gravaminis*, sentencia definitiva), configura el momento preferido para que la Corte también verifique los presupuestos de aplicación del ‘certiorari’ local. Si bien, como será profundizado *infra* (v. remisión contenida en el párrafo anterior), no hay una oportunidad legalmente especificada para ejercitar esta potestad (el art. 31 bis de la ley 5827 puede ser aplicado en “cualquier estado del trámite ante la SCBA”), es acertado incluir en esta fase del iter procesal ante la Corte un control de suficiencia, trascendencia o sustancialidad de las cuestiones debatidas. Es que si se dispusiera, como práctica general, una tendencia a examinar estos estándares en una etapa procedimental posterior, la herramienta en cuestión perdería parte de su eficacia como mecanismo de descongestión y agilización en la toma de decisiones del tribunal.

Superadas estas primeras barreras de contención sin que el caso hubiera sido extinguido liminarmente, el Presidente de la Corte dicta la “providencia de autos” (art. 283, CPCC), previa vista al Procurador General, cuando corresponda (vg., en todos los recursos de inconstitucionalidad y de nulidad –arts. 297 y 302, ord. cit.– y en los de inaplicabilidad de ley interpuestos en causas de interés general o en las que hubiera

participado algún integrante del Ministerio Público –arg. arts. 1 y 13, inc. 7 y 8, ley 12.061-).

Al ser notificadas (por cédula) de la providencia aludida en el párrafo anterior, las partes pueden presentar, dentro de los diez días subsiguientes, una memoria relativa al recurso interpuesto. Para el recurrente, dicha memoria tiene escasa utilidad práctica, dado que la Corte ha señalado que en la misma no se pueden ampliar⁹⁰⁸ ni mejorar los fundamentos de la pieza original⁹⁰⁹. Para la contraparte, por el contrario, la memoria es un acto significativo, ya que consituye la primera (y –por regla- la única) oportunidad que tiene de ser escuchado en esta sede.

Finalizada dicha fase postulatoria final, con la presentación de las memorias o el vencimiento del plazo para hacerlo, la causa queda en estado de ser resuelta.

Hasta este momento, las secretarías jurisdiccionales (Civil y Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, Penal), tienen un rol preponderante en el trámite de los recursos extraordinarios. Tanto en el primer estudio de admisibilidad como en la organización del trámite respectivo (incluso con el dictado de algunas resoluciones de mero trámite por el Secretario) estas estructuras cumplen un papel relevante, asesorando a la Suprema Corte, proyectando las resoluciones respectivas (para que los Ministros suscriban la propuesta en caso de estar de acuerdo o, de lo contrario, la modifiquen total o parcialmente), ordenando la circulación de las opiniones, proyectos y consultas, etc.

Una vez que la causa queda en estado de ser resuelta, el siguiente paso central del procedimiento ante la Corte es el Acuerdo de Ministros, reunión a la que acuden semanalmente (ordinariamente: todos los miércoles) los Jueces de la Corte para resolver los temas incluidos en la agenda del día, entre ellos, dictar sentencia en las causas judiciales pendientes.

Claro está que, para arribar a dicho acto fundamental en condiciones de emitir un pronunciamiento, el mérito de los casos debió haber sido estudiado previamente por

⁹⁰⁸ “El memorial del art. 284 del Código Procesal Civil y Comercial no permite ampliar las impugnaciones ya planteadas al fundar inicialmente el recurso” (SCBA, C. 98.091, “Gallego García”, sent. del 15-IV-2009).

⁹⁰⁹ “Las deficiencias del recurso de inaplicabilidad de ley no pueden suplirse en el memorial autorizado por el art. 284 del C.P.C., pues el objeto de éste no es suplir las carencias de aquél o ampliar sus impugnaciones” (SCBA, Ac. 37.529, “Banco de Río Negro y Neuquén S.A.”, sent. del 16-VI-1987; SCBA, Ac 49797 “S. de L.”, sent. del 16-VI-1993 Ac. 58.431, “Asociación Española de Beneficencia”, sent. del 29-VIII-1995).

cada uno de los jueces. Dicho estudio tiene lugar, en general, mediante la circulación sucesiva del expediente por la oficina de cada uno de los Ministros del alto cuerpo.

En esta fase, la secretaría jurisdiccional interviniente (civil, laboral, penal, contencioso-administrativa) tiene dos misiones fundamentales: i) en primer lugar, organiza la circulación de la causa entre los Ministros, lo que –como veremos– no se agota en un mero transporte de expedientes, sino que abarca aspectos como el estudio de la conformación de las mayorías, la intermediación entre las consultas recíprocas que los jueces se hagan por escrito, etc.; ii) por otra parte, en la tónica habitual de trabajo de la Corte, la Secretaría es la encargada de realizar un primer proyecto de voto para remitir al juez a quien le toca pronunciarse inicialmente en la causa.

Veamos con más detenimiento esta importante etapa de la actividad decisoria del máximo tribunal.

Como fuera anticipado, estando el expediente en condiciones de ser resuelto, la secretaría confecciona una propuesta para el juez que se pronunciará en primer término en el acuerdo. El orden de emisión de los sufragios se determina en la SCBA a través de un sorteo automatizado, que permite distribuir parejamente la carga de trabajo entre los jueces. Una aplicación constante de dicha pauta de distribución de casos, haría que cada uno de los jueces intervenga aproximadamente en la misma cantidad de asuntos que sus colegas, teniendo en cuenta además el orden de estudio respectivo⁹¹⁰.

El expediente es entonces remitido al juez encargado de abrir el acuerdo con un proyecto sugerido por la secretaría para dar respuesta al recurso deducido.

Al ingresar en el despacho del ministro respectivo, el caso será estudiado para su resolución. Para ello, cada juez cuenta con un número máximo de cinco funcionarios específicos destinados al asesorarlo en el estudio, investigación y redacción del sufragio

⁹¹⁰ Utilizando un un esquema similar al que oportunamente acudiéramos para estudiar la incidencia práctica de la modificación de la composición de una tribunal superior (v. *supra* capítulo segundo, par. VII), en una corte de siete magistrados, la adjudicación porcentual de causas puede graficarse de este modo:

Orden est. Juez	1°	2°	3°	4°	5°	6°	7°
A	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
B	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
C	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
D	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
E	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
F	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %
G	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %	14,28 %

definitivo: los relatores letrados. Ellos cumplen una función similar a la de los ‘*law clerks*’ de la Suprema Corte norteamericana o a la de los secretarios letrados que prestan servicios en las distintas vocalías de la Corte Suprema de la Nación. Al igual que sucede, como vimos, en otras latitudes y en la órbita nacional, cada ministro puede organizar el modo de trabajo interno de su oficina y el rol que los integrantes de su *staff* de asistentes cumplirán en el análisis de los casos respectivos.

Una vez estudiado el caso, el juez anticipa su opinión redactando y suscribiendo lo que será su voto en el Acuerdo, salvo que cambie de parecer durante esta fase de análisis preliminar, por ejemplo, al conocer la opinión de otro de los jueces. Con dicho documento, el expediente es devuelto a la Secretaría, la que debe remitirlo sucesivamente a los restantes Jueces, junto con el voto de quienes se expidieron previamente y demás antecedentes recopilados durante la circulación de la causa (vg., comunicaciones, consultas, opiniones no formalizadas como voto, etc.). En caso de disidencias, la causa volverá a los jueces preopinantes, para que se analice la discrepancia y se recifique o ratifique la opinión original (trámite de “recirculación”).

Por regla, la circulación finaliza cuando existe en la causa un número de opiniones concordantes idóneas para hacer mayoría (esto es: cuando cuatro ministros se hayan pronunciado en el mismo sentido y por fundamentos idénticos o análogos). Así lo dispone el art. 30 de la ley 5827, el que, por supuesto, no es óbice para que algunos o todos los demás jueces que deseen participar de la discusión, lo hagan, pese a que ya existan voces suficientes para hacer mayoría. Así suele suceder en temas de interés público o de profundo impacto institucional.

Por imposición constitucional (art. 168, Const. Pcial.), el voto de los jueces debe ser emitido a título individual, a diferencia de la técnica empleada por la Corte Suprema de la Nación. Es decir, que en toda sentencia definitiva que se expida sobre las cuestiones esenciales de la litis, cada uno de los ministros debe suscribir su opinión a título personal, aunque no sea necesario reiterar *in extenso* los mismos fundamentos utilizados por quienes se pronunciaron con anterioridad. En caso de coincidencia, basta con adherir total o parcialmente a dicho sufragio precedente, para tener por cumplido el recaudo del voto individual⁹¹¹.

⁹¹¹ La SCBA ha señalado reiteradamente que resulta constitucionalmente válido el voto cuyos fundamentos no se expresan *in extenso* sino por adhesión a un voto anterior emitido en el mismo acuerdo (causas Ac.

Una vez culminada la circulación, la causa pasa al acuerdo antes referido, en el que las opiniones son pasadas en limpio y llevadas por el secretario para que, de no existir cambios de posición en el acto mismo (no suele haberlas), sean inmediatamente firmadas por los jueces que participaran de la circulación (o de los que sumen su voz en el acuerdo mismo, hipótesis que también es poco frecuente).

Dicho documento, que contiene la reproducción del acuerdo y de la sentencia, es registrada en un libro especial llevado por la Corte, cuya transcripción será agregada en el expediente, también suscripta por cada uno de los jueces. Con ello, se pone fin al proceso decisorio antes descrito, restando únicamente la notificación a las partes, la extracción de la doctrina legal del caso para su publicación y demás aspectos rituales subsiguientes (vg., traslado y análisis de concesión del recurso extraordinario federal, cuando éste sea interpuesto; regulación de honorarios, cuando la causa esté en

71.446, res. del 9-6-1998; Ac. 75.077, res. del 23-VI-1999; Ac. 79.058, res. del 30-VIII-2000; Ac. 81.306, res. del 25-IV-2001; Ac. 86.775, res. del 30-IV-2003; C. 102.285, sent. del 7-VII-2010; Rc. 112.932, del 4-V-2011, entre otras).

Pocas veces se han alzado en contra de este ejercicio del voto “en adhesión”, ya que en los casos de coincidencia de fundamentos sería absurdo imponer al segundo juez la reiteración de lo expresado por su colega. Sólo cabe recordar las lejanas palabras de DE LA COLINA en contra de dicho proceder, que consideraba violatorio de la manda supralegal de que cada magistrado expida “su” voto. Sostenía dicho autor que “para fundar una opinión, se necesita un conocimiento mayor de la cuestión que para adherirse simplemente a la que otro haya antes expuesto ... La Corte ha rechazado siempre este recurso, como era consiguiente que lo hiciera, porque ella misma usa también del procedimiento del bonete [*nota*: se refiere a la prohibición existente en los tribunales ingleses y franceses de votar *au bonnet*, es decir, por simples adhesiones que se suponen prestadas mediante un saludo con el birrete con que los magistrados administran justicia] ... Difícil será que no haya un argumento, una observación, un detalle nuevo que agregar. Aunque así fuera, cada uno tiene su medio peculiar de manifestar las ideas y de encarar las cuestiones que se le someten. Cada cual, pues, dará a su razonamiento una fisonomía propia que imprimirá al conjunto el sello de la verdad buscada y constatada por diversos procedimientos intelectuales. El raciocinio propio fija y esclarece mejor las ideas ... para seguir el discurso al]jeno no se precisa la misma profundidad e intensidad de pensamiento ... Cuántas adhesiones no se habrían convertido en disidencias si los señores jueces hubieran tratado de fundar por sí mismos las convicciones que creyeron tener, en vez de manifestarlas con un saludo de bonete!” (DE LA COLINA, Salvador, *Derecho y legislación procesal*, Bs. As., Lajouane & Cía., 2º ed., 1915-1916, vol. 2, pp. 190-191).

No compartimos el parecer del recordado profesor de La Plata. A los fundamentos ya dados tanto por la doctrina como por la Suprema Corte para validar esta modalidad de pronunciamiento (que no implica de por sí la ausencia de un estudio acabado de la cuestión), debe sumarse una reflexión que hoy en día merece ser reiterada. Es que no sólo cabe en la actualidad analizar si corresponde legal y constitucionalmente desarrollar el propio raciocinio por más que sea en coincidencia con el juez preopinante. Ya está visto que dicha mecánica no es exigible, a lo que agregamos: tampoco es conveniente. La seguridad que debe emanar de las doctrinas sentadas por un órgano de casación es incompatible con la exteriorización de opiniones coincidentes pero planteadas “con una fisonomía propia”, en las palabras de DE LA COLINA. Más valioso es al día de hoy lograr una fórmula sólida y consensuada a la que adhiera la totalidad del Cuerpo y que se transmita fácilmente a los destinatarios y operadores del servicio.

Un ejemplo de esta preocupación por la uniformidad del mensaje sentencial puede encontrarse en el no muy lejano precedente de la Corte Suprema de la Nación, en la conocida causa “Massa” (“Fallos” 329:5913 [2006], v. especialmente, consid. 9º y 10º).

condiciones de fijar los estipendios de los profesionales intervinientes ante la Corte, etc.).

4) Estadística.

Presentamos a continuación algunos elementos estadísticos fundamentales para entender adecuadamente el funcionamiento de la Suprema Corte en su faz jurisdiccional, incluyendo datos relativos a su competencia originaria y apelada. La información ha sido procesada sobre la base de los datos brindados por la SCBA, aunque algunos de ellos han sido modificados en cuanto a su ubicación sistemática⁹¹².

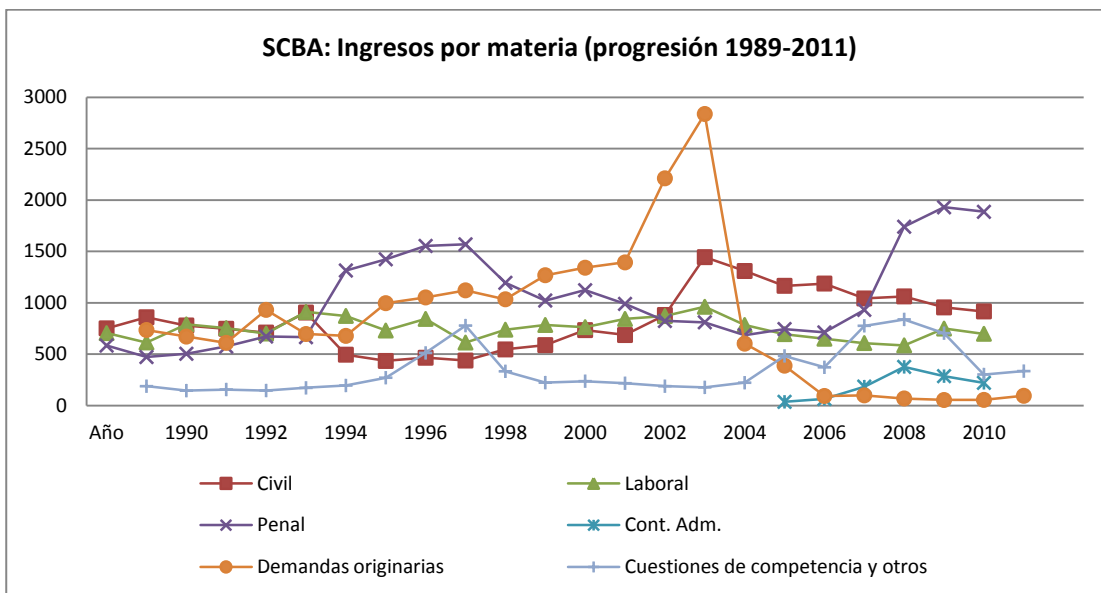
La primera tabla se relaciona con el nivel de ingreso de causas al cimero cuerpo bonaerense en las últimas dos décadas.

SCBA									
INGRESO DE CAUSAS POR MATERIA (1989-2011)									
Competencia apelada							Demandas originarias	Cuestiones de competencia y otros	Total general
Año	Civil	Laboral	Penal	Cont. Adm.	Queja	Sub-Total			
1989	751	705	584		423	2463	735	188	3386
1990	859	614	472		420	2365	671	145	3181
1991	779	790	504		604	2677	610	156	3443
1992	747	754	574		454	2529	931	146	3606
1993	710	701	672		489	2572	696	172	3440
1994	905	911	665		519	3000	678	195	3873
1995	495	872	1.314		686	3367	996	271	4634
1996	434	730	1.423		635	3222	1.052	512	4786
1997	465	843	1.553		574	3435	1.121	778	5334
1998	438	613	1.568		704	3323	1.034	333	4690
1999	546	738	1.194		605	3083	1.268	223	4574
2000	588	784	1.022		697	3091	1.341	237	4669
2001	734	763	1.122		604	3223	1.393	217	4833
2002	686	843	989		696	3214	2.211	188	5613

⁹¹² La estadística que lleva a cabo la SCBA sobre los tópicos que se presentan a continuación (vg., ingreso de causas, cantidad de sentencias y resoluciones definitivas dictadas anualmente, etc.) son en general discriminadas por cada una de las secretarías jurisdiccionales a las que nos hemos referido previamente (vg., Secretarías Civil, Laboral, Penal, etc.). Tanto la supresión de la Secretaría de Actuación (en la que anteriormente se concentraba la totalidad de los ingresos jurisdiccionales -recursos extraordinarios, cuestiones de competencia, etc.-, salvo las que correspondían a la secretaría de demandas originaras), como el surgimiento de la competencia apelada en materia contencioso administrativa, entre otras reformas organizacionales, han generado la necesidad de reinterpretar los datos presentados en la estadística general de la Corte. Los datos presentados en el texto, por ende, se nutren de la información brindada por la Suprema Corte, aunque con una sistematización diversa, lo que arroja resultados distintos en algunos de los rubros identificados en el cuerpo de la investigación.

2003	881	871	823		559	3134	2.837	177	6148
2004	1.444	961	810			3215	602	222	4039
2005	1.309	784	685			2778	388	483	3649
2006	1.165	695	744	36		2640	93	372	3105
2007	1.187	650	711	64		2612	99	776	3487
2008	1.042	608	931	184		2765	69	838	3672
2009	1.062	586	1.740	376		3764	54	704	4522
2010	955	749	1.929	286		3919	55	302	4276
2011	916	698	1.885	221		3720	95	335	4150

Tomando en consideración los datos principales de la tabla, puede graficarse la progresión de ingresos por materia del siguiente modo:

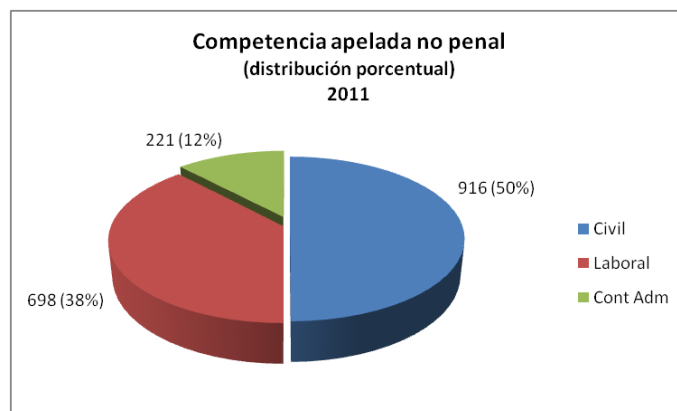


Concentrando la atención exclusivamente en la competencia apelada de la SCBA (que constituye el eje de esta investigación ya que sólo sobre ella opera el art. 31 bis de la ley 5827), los datos pueden ser precisados añadiendo la incidencia porcentual de cada materia en el total de su actuación como tribunal de última instancia local (v. sigla “% ca”):

SCBA: Competencia apelada (1989-2011)										
(Incidencia porcentual de cada materia)										
Año	Civil	% (s/ca)	Laboral	% (s/ca)	Penal	% (s/ca)	Cont. Adm.	% (s/ca)	Queja	TOTAL
1989	751	30,49%	705	28,62%	584	23,71%			423	2463

1990	859	36,32%	614	25,96%	472	19,96%			420	2365
1991	779	29,10%	790	29,51%	504	18,83%			604	2677
1992	747	29,54%	754	29,81%	574	22,70%			454	2529
1993	710	27,60%	701	27,26%	672	26,13%			489	2572
1994	905	30,17%	911	30,37%	665	22,17%			519	3000
1995	495	14,70%	872	25,90%	1.314	39,03%			686	3367
1996	434	13,47%	730	22,66%	1.423	44,17%			635	3222
1997	465	13,54%	843	24,54%	1.553	45,21%			574	3435
1998	438	13,18%	613	18,45%	1.568	47,19%			704	3323
1999	546	17,71%	738	23,94%	1.194	38,73%			605	3083
2000	588	19,02%	784	25,36%	1.022	33,06%			697	3091
2001	734	22,77%	763	23,67%	1.122	34,81%			604	3223
2002	686	21,34%	843	26,23%	989	30,77%			696	3214
2003	881	28,11%	871	27,79%	823	26,26%			559	3134
2004	1.444	44,91%	961	29,89%	810	25,19%				3215
2005	1.309	47,12%	784	28,22%	685	24,66%				2778
2006	1.165	44,13%	695	26,33%	744	28,18%	36	1,36%		2640
2007	1.187	45,44%	650	24,89%	711	27,22%	64	2,45%		2612
2008	1.042	37,69%	608	21,99%	931	33,67%	184	6,65%		2765
2009	1.062	28,21%	586	15,57%	1.740	46,23%	376	9,99%		3764
2010	955	24,37%	749	19,11%	1.929	49,22%	286	7,30%		3919
2011	916	24,62%	698	18,76%	1.885	50,67%	221	5,94%		3720

Si nos enfocamos exclusivamente en la materia extrapenal –civil y comercial, laboral, contencioso administrativo- (que constituye aproximadamente la mitad de los ingresos totales de la SCBA), podemos graficar la distribución porcentual interna en estos términos⁹¹³:



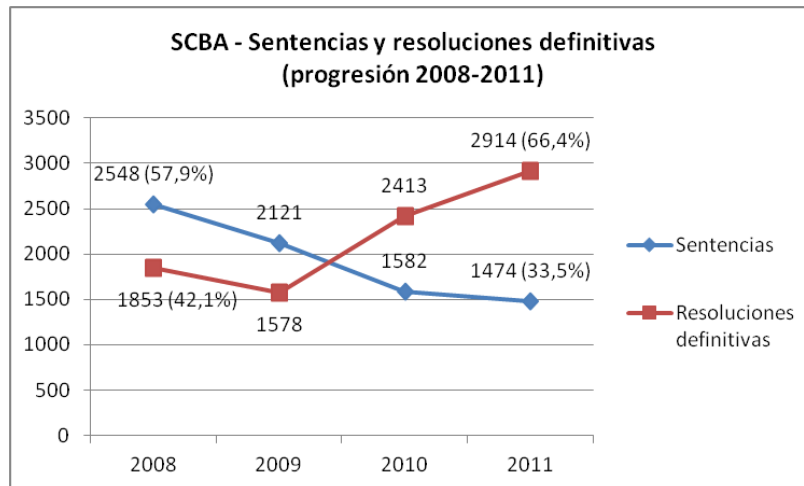
⁹¹³ La referencia será útil para cuando analicemos la influencia del uso del ‘certiorari’ (art. 31 bis, ley 5827), según la materia sustancial involucrada (v. infra, par. IV, ap. 11.b)).

Respecto de las sentencias y resoluciones definitivas dictadas por el alto cuerpo, interesa verificar el impacto que la última reforma del art. 31 bis de la ley 5827 (ley 13.812) ha tenido en las formas de producción final de la SCBA. En efecto, desde el año 2008, puede advertirse un progresivo incremento proporcional en el uso de resoluciones interlocutorias⁹¹⁴ para la decisión final de las causas llevadas ante la Corte, con la consecuente disminución de la modalidad tradicional con la que la Corte se expedía sobre la fundabilidad de los recursos (es decir, la sentencia definitiva adoptada con forma de acuerdo y voto individual de los jueces):

Total sentencias y resoluciones definitivas (2008-2011)						
Año	Materia	Sentencias	%	Resoluciones definitivas	%	Total
2008	Civil	718	91,82%	64	8,18%	783
	Laboral	471	98,54%	7	1,46%	479
	Penal	957	98,15%	18	1,85%	976
	D. Orig. y Cont. Adm.	402	54,10%	341	45,90%	744
	Actuación		0,00%	1423	100,00%	1423
	Total	2548	57,90%	1853	42,10%	4404
2009	Civil	875	80,35%	214	19,65%	1090
	Laboral	489	98,19%	9	1,81%	499
	Penal	478	61,68%	297	38,32%	776
	D. Orig. y Cont. Adm.	279	44,50%	348	55,50%	627
	Actuación		0,00%	710	100,00%	710
	Total	2121	57,34%	1578	42,66%	3702
2010	Civil	513	36,41%	896	63,59%	1409
	Laboral	561	80,14%	139	19,86%	701
	Penal	213	16,73%	1060	83,27%	1273
	D. Orig. y Cont. Adm.	295	63,85%	167	36,15%	463
	Actuación		0,00%	151	100,00%	151
	Total	1582	39,60%	2413	60,40%	3997
2011	Civil	529	29,45%	1267	70,55%	1796
	Laboral	546	75,94%	173	24,06%	720
	Penal	140	9,74%	1297	90,26%	1437
	D. Orig. y Cont. Adm.	259	72,55%	98	27,45%	358
	Actuación		0,00%	79	100,00%	79
	Total	1474	33,59%	2914	66,41%	4390

⁹¹⁴ Como veremos más adelante, la forma de interlocutoria es la más utilizada por la SCBA al aplicar el art. 31 bis de la ley 5827 (v. *infra*, par. IV, ap. 11.a).

Lo que, en términos gráficos, puede ser sintetizado del siguiente modo:



Con este sintético panorama del funcionamiento del máximo tribunal bonaerense, estamos en condiciones de avanzar en el análisis puntual del ‘certiorari’, comenzando por sus antecedentes históricos.

III. ANTECEDENTES DEL ‘CERTIORARI’ EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Si bien no puede afirmarse que la preocupación por el cúmulo de causas a resolver por parte del más alto cuerpo de justicia bonaerense sea de reciente data, sí es posible sostener que la búsqueda de remediar dicho problema mediante el reconocimiento de mecanismos “discrecionales” de selección de causas, no registra antecedentes tan lejanos como los que examináramos en el ámbito nacional (v. *infra*, capítulo cuarto, par. III).

En efecto, mientras que en la órbita federal ya se postulaba la incorporación de esta clase de instrumentos en 1939 (proyecto HARDOY) y se reeditaba con más vigor dicha aspiración en 1959 (proyecto LÓPEZ SERROT), en la Provincia de Buenos Aires recién se evidencia tíbiamente una tendencia semejante, al inicio de la década de 1990, como veremos a continuación.

1) La frustrada reforma constitucional de 1989/1990.

A fines de 1989 tuvo lugar en la Provincia de Buenos Aires una iniciativa de reforma de la Constitución local, aprobada por ley 10.859⁹¹⁵ que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1934 (art. 1º), adoptando la modalidad de reforma por vía de la legislatura, conforme lo disponía el art. 192, inc. b) de la Constitución provincial (art. 2º). Es decir, que el texto (cerrado) de la reforma quedaba contenido como “Anexo” de la misma ley que declaraba la necesidad de la enmienda, el que sería sometido a un plebiscito para que el electorado se exprese a su favor o en su contra (art. 5º)⁹¹⁶.

Con posterioridad, el dec. 1287/90⁹¹⁷ convocó a la ciudadanía bonaerense para que el 5 de agosto de ese año se exprese “por sí o por no” sobre la iniciativa estableciendo, además, el sistema que regiría el plebiscito. Los resultados de dicho mecanismo de consulta fueron finalmente desfavorables al proyecto de reforma, por lo que la iniciativa se vio definitivamente frustrada⁹¹⁸.

En lo que atañe a esta investigación, cabe que nos detengamos en una de las propuestas de modificación allí contenidas, dado que constituye una manifestación del interés de los poderes públicos por incorporar el ‘*writ of certiorari*’ en la casación local.

⁹¹⁵ La ley 10.859 fue aprobada por la Legislatura el 5 de diciembre de 1989, promulgada por dec. 5766/89, del 19 de diciembre del mismo año y publicada en el BOP N° 2163, del 3 de enero de 1990. Por ley 10.900 (BOP: 30-IV-1990) se modificó el art. 11 de la Constitución Provincial que había sido redactada como “Anexo” de la ley 10.859, buscando enervar las críticas que el texto original de la enmienda había suscitado por entenderse que afectada la libertad de expresión. Por este medio, además, se dilataba el plazo de 180 días para convocar a la consulta popular respectiva.

⁹¹⁶ La propuesta de reforma de 98 artículos de la Constitución provincial allí contenida puede consultarse en DANIELIÁN, Miguel - RAMOS FEIJÓO, Claudio, “Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1934). Texto comparado con las reformas de las leyes 10.859 y 10.900”, en LL 1990-E-1187; ARCURI, Antonio, *La reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires 1989/1990. Aportes y comentarios*, Imprenta del H. Senado de la Provincia de Buenos Aires, mayo de 1990.

También puede verse un resumen de las propuestas de modificación y una descripción del consenso político imperante al momento de la sanción de la ley 10.859 (que fue sancionada con el respaldo de los partidos políticos tradicionales: la UCR y el Justicialismo) en MOSCA, Carlos M., “La reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Reforma necesaria y sustancial”, en LL 1990-D-1167.

⁹¹⁷ BOP: 30-IV-1990.

⁹¹⁸ Hubo quienes interpretaron que el mecanismo de reforma constitucional basada en el entonces art. 192 inc. b) de la Carta local (basado en la aprobación legislativa del texto, con mayoría calificada y respaldo del electorado a través del instrumento de consulta popular), permitía de todos modos seguir adelante con la enmienda pese al resultado desfavorable. Puede verse una descripción de esta fase final del frustrado proceso reformador examinado en ZIULU, Adolfo G., “Algunas reflexiones acerca del procedimiento de reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires”, en JA 1991-II-830 (criticando la posición doctrinal que consideraba subsistente la posibilidad de convocar a la Convención Constituyente pese al rechazo de la propuesta por la mayoría del electorado).

Nos referimos a la moción de incluir un último párrafo en el artículo 149 de la Constitución provincial (equivalente al actual art. 161 de dicho cuerpo suprallegal, ordenado según la reforma de 1994) por el que se disponía que “*la Suprema Corte de Justicia, al juzgar la admisibilidad formal de los recursos extraordinarios deducidos podrá pronunciarse acerca de su procedencia para desestimarlos*”⁹¹⁹.

Al comentar la iniciativa, uno de sus impulsores, el senador ARCURI comentaba: “en la última parte del inciso tercero del ya citado artículo 149 *se incorpora el concepto de discrecionalidad de la Suprema Corte en lo que hace a la desestimación de recursos extraordinarios, también [conocido] como ‘writ of certiorari’*”⁹²⁰.

Al cotejar el texto de la iniciativa y los fundamentos exteriorizados en el párrafo anterior, puede advertirse que, en puridad, poco hacía el apartado propuesto para incorporar una herramienta discrecional como la que se anunciaba.

Por el contrario, una interpretación literal del dispositivo parecía sugerir que la innovación carecía de toda relevancia en lo concerniente a la sistemática de la casación estadual. Al preverse que “la Suprema Corte de Justicia, al juzgar la admisibilidad formal de los recursos extraordinarios deducidos podrá pronunciarse acerca de su procedencia para desestimarlos”, lo único que se añadía al plexo constitucional era una mera cuestión de trámite que podía ser remediada perfectamente por vía legislativa: la

⁹¹⁹ Transcribimos a continuación el texto completo de la norma proyectada, para que se advierta el enclave de la modificación en el citado precepto:

“Art. 149: La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones:

1. Ejercer jurisdicción originaria para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de Leyes, Decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada.

2. Conoce y resuelve originaria y exclusivamente en las causas de competencia entre los Poderes Públicos de la Provincia y en las que se susciten entre los Tribunales de Justicia con motivo de su jurisdicción respectiva.

3. Conoce y resuelve en grado de apelación:

a) De la aplicabilidad de la Ley en que los Tribunales de Justicia en última instancia, funden su sentencia sobre la cuestión que por ella decide, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos.

b) De la nulidad de las sentencias definitivas de última instancia que se dicten con violación de los artículos 156° o 159° de la presente Constitución.

c) De la inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos, ordenanzas o reglamentos, cuya validez haya sido oportunamente controvertida por parte interesada con relación a disposiciones de la Constitución Nacional o de esta Constitución.

La Suprema Corte de Justicia, al juzgar la admisibilidad formal de los recursos extraordinarios deducidos podrá pronunciarse acerca de su procedencia para desestimarlos.

4. Nombra y remueve los Secretarios y empleados del Tribunal en base a un procedimiento que garantice la igualdad de oportunidades y la selección por idoneidad” (resaltado propio).

⁹²⁰ ARCURI, Antonio, *La reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires 1989/1990. Aportes y comentarios*, ob. cit., p. 117 (énfasis en el texto agregado).

posibilidad de resolver conjuntamente acerca de la admisibilidad y fundabilidad de los remedios llevados a sus estrados.

Para ello, reiteramos, no era necesario modificar la Constitución: bastaba con ajustar el procedimiento reglado en los códigos adjetivos respecto de los remedios extraordinarios que –a diferencia de lo que ocurre con el recurso extraordinario federal– mantenían (y mantienen) una dualidad respecto de la oportunidad en la que la Corte se expide sobre el cumplimiento de los requisitos formales del recurso y su procedencia.

En otras palabras: la reforma, en su letra, no era tan profunda como se postulaba, ya que lo único que permitía a la Corte era unificar los momentos en que analizaban los dos principales aspectos que hacen a la suerte de un recurso (admisibilidad y procedencia); pero en modo alguno parecía sugerir que, en esa fase “concentrada”, el máximo tribunal pasara a tener una potestad “discrecional” para decidir qué casos resolver sobre el mérito.

De todos modos, aun cuando el texto propuesto no tuviera los alcances que se le adjudicaban, debe destacarse el razonamiento utilizado para justificar su inclusión. Es dicha faceta del antecedente (su motivación) la que aporta interés a esta reseña: estamos ante un indicador objetivo de que, ya en ese momento, los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires *no sólo advertían el problema del exceso de causas en el alto cuerpo, sino que estimaban que un camino idóneo para afrontar tal escenario era la transformación de la jurisdicción apelada de ese órgano en “discrecional”*.

2) Primer proyecto de la Suprema Corte (1995).

Antes de llegar el año 1995, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires había advertido a la comunidad y a los restantes poderes del Estado, acerca del considerable incremento de la cantidad de recursos que llegaban a sus puertas.

Así, mediante sendos comunicados de prensa²¹, había puesto la pica en Flandes respecto de la multiplicación de la litigiosidad ante sus estrados, describiendo el

²¹ Los comunicados fueron emitidos anualmente por la SCBA a partir de 1994 y se prolongaron en el tiempo con posterioridad al proyecto al que haremos referencia en este apartado. Así, con redacción similar, se analizaba en cada oportunidad la cifra de ingresos y la cantidad de resoluciones interlocutorias de admisibilidad y sentencias definitivas dictadas. En el año 1996, se destacaba, como cierre del comunicado, la “gravedad de la situación descrita” y se hacía referencia a la propuesta de reforma a la que nos referimos en el texto (v. comunicados de prensa de la SCBA del 1 de noviembre de 1994 –titulado “Significativo aumento en el ingreso de expedientes”-, del 13 de diciembre de 1995 –“Notable aumento en el ingreso de expedientes

panorama verificado entre los años 1983 y 1994 y concluyendo que, en dicho lapso, la carga de trabajo se había incrementado en un 231%. Así, mientras que en 1983 se habían dictado 1630 decisiones jurisdiccionales finales en torno a la admisibilidad y procedencia de los recursos (comprendiendo las resoluciones interlocutorias y las sentencias definitivas propiamente dichas), en 1994 la sumatoria de ambos rubros ascendía a 5782⁹²². En cuanto al ingreso, los números arrojaban similar progresión: mientras en 1983 se registraron 1391 causas, en 1994 fueron 3873 las causas que buscaban abrirse paso ante la Corte.

Estos indicadores motivaron, en el año 1995, la remisión a la Legislatura provincial de un proyecto de ley elaborado por la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con las atribuciones conferidas por el art. 165 de la Constitución⁹²³, en el que se proponía por primera vez la incorporación de un nuevo artículo (artículo 31 bis) a la tradicional Ley Orgánica del Poder Judicial local (Ley 5.827) en estos términos⁹²⁴:

“Artículo 1º.- Incorpórase como artículo 31 bis de la ley 5827 (‘Orgánica del Poder Judicial’) el siguiente:

En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que el recurso extraordinario no reúne los requisitos esenciales, o que ha sido insuficientemente fundado, o que es improcedente, o que ese mismo Tribunal ha desestimado otros recursos sustancialmente análogos, podrá rechazarlo con la sola invocación de cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas.

En el caso de queja o recurso de hecho por denegación del recurso extraordinario la Suprema Corte podrá rechazarlos de acuerdo a lo dispuesto en el apartado anterior”.

en la Suprema Corte”-, del 2 de abril de 1996 y de diciembre del mismo año, y de los años 1997, 1998 y 1999, todos ellos recopilados en el Expte. 3001-1701/2000 tramitado ante el máximo tribunal).

⁹²² En el mismo período, los pronunciamientos dictados con voto individual (que -por lo general- indican la presencia de una sentencia definitiva sobre el mérito de la causa, es decir, la que se expide acerca de las cuestiones esenciales llevadas por las partes) se habían incrementado del siguiente modo: 971 sentencias en 1983, 2578 en 1994.

En cuanto a la actividad de gobierno, en el comunicado se computaba un total de 28.421 acuerdos y resoluciones durante el lapso 1983-1994, que obviamente debían tenerse presentes a la hora de medir la carga de tareas de la Corte.

⁹²³ Dispone el art. 165 de la Const. Pcial.: “[La Suprema Corte] [d]ebe pasar anualmente a la Legislatura una memoria o informe sobre el estado en que se halla dicha administración [refiriéndose a la Administración de Justicia], a cuyo efecto puede pedir a los demás tribunales de la Provincia los datos que crea convenientes y *proponer en forma de proyecto las reformas de procedimiento y organización que sean compatibles con lo estatuido en esta Constitución y tiendan a mejorarla*”.

⁹²⁴ El proyecto fue aprobado por la Suprema Corte mediante resolución n° 879, del 6 de junio de 1995, firmada por los entonces Ministros de ese alto cuerpo, Dres. SALAS, RODRÍGUEZ VILLAR, GHIONE, PISANO, SAN MARTÍN, LABORDE e HITTERS.

Como puede advertirse, el texto de la iniciativa era muy similar al sancionado posteriormente por ley 12.961 (2002), aunque con una salvedad relevante: además de la “ausencia de recaudos esenciales”, la “insuficiencia del recurso” y la “desestimación en casos análogos” (vigentes al día de la fecha), el precepto diseñado en 1995 permitía rechazar los remedios deducidos con la sola invocación de que los mismos fueran “improcedentes”.

Esta última previsión colocaba serios reparos a la constitucionalidad de la norma, ya que un poder semejante *hubiera habilitado a la Corte no ya a “seleccionar” los casos a decidir* (admisibilidad basada en criterios más o menos discrecionales), *sino a resolverlos en cuanto a su mérito sin dar fundamento alguno*. El proyecto introducía así una seria complicación al colocar como causal del ‘certiorari’ un motivo (la improcedencia del embate) que sólo se podría juzgar una vez analizada su fundabilidad, lo que implicaba confundir en un mismo concepto a la admisibilidad y a la procedencia de la impugnación, sin dejar casi espacio alguno para el dictado de sentencias motivadas en el ámbito de la casación.

El proyecto mereció la crítica de MORELLO, quien, no obstante reconocer el problema de la sobrecarga de la Suprema Corte (fenómeno reiterado y universal), subrayó que acudir al dispositivo aludido frente a la “improcedencia” de los recursos no conciliaba con el art. 15 de la Const. Pcial.⁹²⁵.

⁹²⁵ MORELLO, Augusto M., “Un proyecto que procura acoger el certiorari en la Suprema Corte de Buenos Aires, y que no debe prosperar”, en *JA* 1996-II-889. El publicista platense se muestra en dicho artículo como adverso a cualquier incorporación de mecanismos discrecionales de selección en la casación local (valoración opuesta a la sostenida en el ámbito de la jurisdicción extraordinaria federal, v. *supra* capítulo cuarto, ap. 4). Proponía como alternativa la división de la Corte en dos “Comités de Admisibilidad” integrados por tres jueces cada uno (con exclusión del Presidente del alto cuerpo), que tendrían la función de analizar las carencias técnico-formales de los recursos extraordinarios, así como la procedencia de la denuncia de absurdo, por la que –como fuera adelantado y será analizado más adelante (v. *supra* par. II, ap. 1] e *infra*, ap. 4.7e] y h)]– se amplía la operatividad del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, autorizando a la Corte a revisar cuestiones de hecho, en las hipótesis excepcionales en que el *a quo* hubiera incurrido en vicios lógicos de magnitud o en una grosera desinterpretación material de la prueba.

Si bien aclaraba el autor que dicha solución no importaba dividir a la Corte en salas, consideramos que tal escisión era (y es) la única alternativa que permitiría validar un mecanismo como el propuesto, ya que –de lo contrario– la resolución del “Comité”, aun cuando fuera dictada por unanimidad (tres jueces), no respetaría la regla de la mayoría impuesta en la Constitución Pcial. (art. 168).

Por otra parte, es de advertir que la utilidad del “comité” se evidencia en la resolución de las cuestiones de hecho, que sólo necesitarían de este “pequeño acuerdo” (como lo denomina MORELLO) para ser dirimidas. Pero la realidad es que usualmente los recursos combinan denuncias de infracciones a las reglas de valoración probatoria (con invocación de la doctrina del “absurdo”), con el cuestionamiento de yerros jurídicos propiamente dichos. Por ello, en tales hipótesis (impugnación relativa a cuestiones de hecho y de derecho conjuntamente) la alternativa de pasar el caso al “comité” quedaría descartada, lo que atenúa la eficacia del resorte propuesto. Retomaremos la idea de división en salas de la Corte provincial, aunque no como

3) Segundo proyecto de la Suprema Corte. Propuesta de reforma al Código Procesal Penal (1996).

Un año después de la resolución n° 879/95, por la que –como fuera explicado en el apartado anterior- el máximo tribunal provincial había propuesto, sin resultado positivo, la incorporación del ‘certiorari’ en el art. 31 bis de la ley 5827, el citado cuerpo insistió en su diálogo institucional con el Poder Legislativo, con una nueva iniciativa de más reducido alcance, ya que se acotaba al ámbito penal.

Así, mediante la resolución n° 336, del 2 de abril de 1996⁹²⁶, la Suprema Corte se dirigió nuevamente a la Legislatura proponiendo tres reformas al régimen de los recursos extraordinarios locales. En lo que aquí interesa, se planteaba la modificación del art. 362 del Código Procesal Penal, el que quedaría redactado en términos casi idénticos a los del proyecto de 1995 para el art. 31 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“Artículo 362: En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que el recurso extraordinario no reúne los requisitos esenciales, o que ha sido insuficientemente fundado, o que es improcedente, o que ese mismo Tribunal ha desestimado otros recursos sustancialmente análogos, podrá rechazarlo con la sola invocación de cualquiera de las circunstancias expuestas”⁹²⁷.

El sustento de la iniciativa coincidía con el expresado en la resolución n° 879/95, antes recordada. Nuevamente se expresó la preocupación con que el alto cuerpo venía siguiendo el constante crecimiento de sus tareas jurisdiccionales y administrativas y la incidencia que dicha rémora producía en la eficacia y prestigio del servicio de justicia, pilar del sistema republicano de gobierno.

instrumento destinado al estudio de admisión, sino para la resolución del mérito de asuntos intrascendentes que el máximo tribunal decida “discrecionalmente” escuchar (v. *infra*, par. VI.2.dj) .

⁹²⁶ La resolución lleva la firma de los entonces Ministros de la SCBA, Dres. SALAS, GHIONE, MERCADER, PISANO, SAN MARTÍN, LABORDE e HITTERS.

⁹²⁷ Puede advertirse que, a diferencia del proyecto original de 1995, el precepto transcrito no contenía el segundo apartado relativo a la aplicabilidad del ‘certiorari’ en el ámbito la queja por denegación de los recursos extraordinarios. Ello se explica por la especificidad del encuadre de la propuesta de reforma ahora explicada, que –como fuera explicado- se limitó al ordenamiento adjetivo penal, campo en el que las vías impugnativas se interponen (desde la sanción de la ley 11.922 –CPP vigente-) directamente ante la Suprema Corte, lo que –obviamente- tornaba innecesario regular la hipótesis de queja.

En lo que respecta a la materia penal (a la que –repetimos- se acotaba la propuesta), la Corte precisó que dicho fenómeno se hacía “particularmente notable”: en 1995 habían ingresado 1314 causas, número ostensiblemente mayor a los 244 expedientes registrados en 1983, año nuevamente tomado como pauta comparativa. Por su parte, en lo vinculado con la cantidad de fallos dictados, se tenía en cuenta que en 1995, la Corte había llegado a la cifra más alta de su historia, con 407 sentencias definitivas emitidas sobre tal rama jurídica.

En cuanto al texto de la iniciativa, nuevamente se hacía referencia a la “improcedencia” como hipótesis que daría lugar a la utilización del ‘certiorari’. La expresión merecía el mismo reparo antes señalado en torno a la confusión que originaba y al riesgo que, por ese medio, el alto cuerpo bonaerense pudiera resolver el *mérito* de cualquier caso llevado a sus estrados, sin fundamentación adecuada. Es decir, que no se trataba de la incorporación de estándares más o menos flexibles de *admisibilidad* de los recursos como el de “trascendencia” (al que no se hacía referencia en el proyecto), sino directamente a la posibilidad de juzgar la fundabilidad de los mismos sin motivación suficiente.

4) Tercer proyecto de la Suprema Corte.

4.1) Proyecto original.

Los dos infructuosos intentos llevados a cabo por el máximo tribunal local para incorporar una herramienta de estas características en el ámbito de la casación local, no minaron su impulso para lograr el reconocimiento de un dispositivo legal que le permitiera descomprimir la sobrecarga de trabajo que seguía padeciendo.

En el año 2000, la Corte auspició un nuevo proyecto de ley enmarcado en la necesidad de revisar los problemas suscitados por la regulación de las impugnaciones en el proceso penal.

Así, con la firma de la totalidad de sus integrantes, incluido el Procurador General, el 5 de octubre de ese año el alto cuerpo se dirigió nuevamente a la Legislatura⁹²⁸ propiciando: i) una serie de modificaciones en la composición del

⁹²⁸ Como un símbolo más de la relevancia que la SCBA imprimió al proyecto examinado, es dable tener presente que la comunicación de la iniciativa a las cámaras legislativas no se instrumentó por medio de los oficios de estilo con los que habitualmente se concreta esta forma de diálogo institucional (art. 165, Const. Pcial.), sino que el entonces Ministro de la Suprema Corte, Dr. David SAN MARTÍN, se dirigió personalmente

Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, especialmente un aumento considerable de sus miembros pasarían a ser 61 (veinte salas de 3 jueces cada una y un Presidente)⁹²⁹, con descentralización regional (es decir, apertura de salas en el interior de la Provincia); y ii) la incorporación de la herramienta de resolución de casos que ya había sido postulada en sendos proyectos previamente analizados.

En cuanto a este último aspecto, se proponía nuevamente la inclusión del art. 31 bis a la ley Orgánica del Poder Judicial (ley 5827) con el siguiente texto:

“Artículo 31 bis.- En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que el recurso extraordinario no reúne los requisitos esenciales, o que ha sido insuficientemente fundado, o que es improcedente, o que el Tribunal ya hubiera desestimado otros recursos sustancialmente análogos, podrá rechazarlo con la sola invocación de cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas”.

Es de advertir que, en este punto, la reforma proyectada iba más allá del sistema de enjuiciamiento penal, al que se destinaba el resto del articulado. En efecto, la ubicación del precepto aludido dentro de la ley 5827 aseguraba su aplicabilidad a cualquier tipo de causas (vg., civiles, laborales), al quedar enclavado dentro de las atribuciones generales de la Suprema Corte respecto de su jurisdicción apelada. Se volvía así a la sistemática original del proyecto de 1995 (v. *supra*, ap. 2]).

Por otra parte, se introducía una vez más el controvertido motivo de “improcedencia”, a cuyos reparos nos hemos referido previamente, sin referencia alguna a criterios de admisibilidad basados en la trascendencia de los casos.

dichos estamentos e hizo entrega de las notas pertinentes conteniendo la propuesta de modificación (puede verse la constancia de dicha remisión en el citado Expte. 3001-1701/2000). La iniciativa fue asimismo puesta en conocimiento de los integrantes del fuero penal provincial, por sendas comunicaciones oficiales a sus respectivos órganos (tribunales en lo criminal, juzgados de garantías, correccionales y de transición).

En diciembre del mismo año, la Corte se dirigió al entonces Presidente del H. Senado provincial, Ing. Felipe SOLÁ, solicitándole “quiera tener a bien conceder prioridad al proyecto de ley remitido ... con motivo de la gran relevancia institucional que para la administración de justicia posee el mismo”, poniéndose a la par a disposición de aquel Cuerpo para que “si hubiese encontrado algún obstáculo técnico para su progreso ... nos lo hagan conocer a efectos de su consideración por esta Corte y posterior elevación de la pertinente respuesta” (nota del 6 de diciembre de 2000, suscripta por los Dres. LABORDE, PETTIGIANI, GHIONE, HITTERS, SALAS, DE LÁZZARI, PISANO y SAN MARTÍN). Idéntica comunicación se dirigió a la Cámara de Diputados, por parte del entonces Presidente del máximo tribunal, Dr. LABORDE.

⁹²⁹ Por razones presupuestarias y funcionales que no es del caso analizar en el presente, se disponía la transformación de los cargos de quienes hasta ese momento revestían la función de jueces de Cámaras de Garantías de diversos departamentos judiciales de La Plata y del interior de la Provincia.

Cabe destacar asimismo que en esta versión del proyecto no se incluía el último párrafo referido al recurso de queja, como se lo hiciera en 1995 habilitándose la aplicación del ‘certiorari’ para esa vía directa. La ausencia de dicha previsión no encontraba en esta oportunidad justificativo alguno, como sí lo tenía en la recordada propuesta de 1996 (v. *supra*, ap. 3]). Como fuera adelantado, en aquella oportunidad la iniciativa se redujo a la materia penal, único ámbito en el que los recursos extraordinarios se interponen ante la Suprema Corte y no ante el tribunal que dictó la sentencia atacada, tornando –por consiguiente- ociosa toda previsión vinculada con la queja por denegación los remedios extraordinarios. Sin embargo, ahora la propuesta retomaba la técnica original de introducir el ‘certiorari’ en la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, para todas las materias, por lo que debería haber contemplado nuevamente la posibilidad de utilizar el resorte de marras también para los casos que llegaran al alto cuerpo a través del cuestionamiento de la desestimación del recurso decretada por el *a quo*.

4.2) *Fundamentos.*

Los fundamentos por los que se propiciaba la reforma no diferían demasiado de los que ya se habían utilizado en el pasado, aunque se potenciaban los términos utilizados para describir la preocupación por el estado de situación de las causas tramitadas ante la Corte.

Así, se hablaba de una sobrecarga de trabajo “realmente insólita”, reiterándose la estadística actualizada de causas ingresadas anualmente a sus estrados y de las resoluciones dictadas hasta 1999, especialmente en materia punitiva. Se precisaba asimismo un dato que hacía vislumbrar un cuadro poco esperanzador para los años siguientes: acopiaba alrededor de 5.000 expedientes penales por resolver aplicando el derogado Código de Procedimiento Penal (ley 3.589), por lo que, teniendo en cuenta que en el año en que se dictó mayor cantidad de sentencias en este ámbito (1997) se llegó a la cifra de 584 pronunciamientos, la Corte preveía que necesitaría al menos 10 años sólo para decidir los asuntos pendientes, sin computar los nuevos recursos ingresados durante tal período.

Un dato interesante (aunque referido “al pasar” en los fundamentos del proyecto examinado), es la estimación cuantitativa formulada por la Corte respecto del

número de casos por encima del cual resulta irrazonable imponer a los magistrados la carga de su resolución. En efecto, al hacer memoria del “récord” de 584 sentencias penales de 1997, el máximo tribunal sostenía que “un número superior excedería la capacidad de cualquier juez”.

La reflexión es trascendente, dado que *constituye una de las pocas opiniones difundidas oficialmente por la Corte, no ya en torno a la difícil realidad que se deriva de la sobrecarga de trabajo (diagnóstico conocido y que –como hemos visto– había enfatizado en varias resoluciones y comunicados de prensa), sino respecto de algo más importante para planificar el abordaje futuro de ese cuadro: la cantidad de asuntos que la Corte debería admitir para cumplir razonablemente con su misión institucional*⁹³⁰.

4.3) Críticas y réplica.

El proyecto no estuvo exento de críticas, del tenor de las que oportunamente le dirigiera MORELLO en su homóloga versión del año 1995 (v. *supra*, ap. 2]).

La Corte, sin embargo, mantuvo su interés en la reforma y apuntó las razones en las que se inspiraba. Así, el 6 de diciembre de 2000 se dirigió al Presidente del H. Senado de la Provincia de Buenos Aires, a efectos de solicitar “se tenga a bien conceder prioridad al proyecto de ley remitido ... con motivo de la gran relevancia institucional que para la administración de justicia posee el mismo”, poniéndose a la par a disposición de la Cámara Alta para evacuar cualquier duda que la propuesta suscite y destacando puntualmente que “las críticas de las que ha tenido conocimiento hasta la fecha [no habían logrado] conmover, a su juicio, los fundamentos que sustentan la solución propuesta” (v. comunicación citada en el apartado anterior).

La réplica a los cuestionamientos suscitados fue también materia de pronunciamiento oficial por parte del máximo tribunal. Por razones metodológicas,

⁹³⁰ En varias oportunidades se ha intentado determinar un número estimado de sentencias por encima del cual el ejercicio de la función institucional de las cortes supremas se torna irrazonable. Así, por ejemplo, MORELLO ha destacado en más de una ocasión que los superiores tribunales (refiriéndose indistintamente a la Corte Suprema de la Nación o a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires) no deberían abordar más de 200 ó 300 causas al año (v. MORELLO, Augusto M., “Un proyecto que procura acoger el certiorari en la Suprema Corte de Buenos Aires ...”, cit., p. 889 [refiriéndose a un tope de 200 casos en el ámbito de la SCBA]; íd., *Admisibilidad del recurso extraordinario [El ‘certiorari’ según la Corte Suprema]*, Platense, 1997, p. 4; íd., *La nueva etapa del recurso extraordinario: El certiorari*, ob. cit., p. 10 [en los dos últimos trabajos, indicando un máximo posible de 300 causas en el seno de la CSJN]).

haremos un breve salto en el orden cronológico de los antecedentes (que luego será retomado), para hacer referencia a esta respuesta de la Corte.

El 28 de febrero de 2001 (fecha en la que el Senado ya había dado media sanción al proyecto de ley -v. *infra* ap. d]-), el entonces Presidente del cimero cuerpo, Dr. Elías LABORDE, se dirigió a la H. Cámara de Diputados provincial por indicación de sus pares, a fin de hacer llegar a los legisladores “algunas reflexiones atinentes” a la iniciativa aprobada en la Cámara Alta.

En tal sentido, se precisaba que la auspiciada incorporación del art. 31 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo tendía “a disminuir la tarea material de redacción de los votos en pos de la celeridad”, debiendo quedar claro que “dicha norma no releva en lo más mínimo de la obligación de fundamentar los fallos que nacen de los arts. 161, 168 y 171 de nuestra Carta Magna local, sino que tiene en miras [...] imprimirle mayor rapidez al despacho de los recursos extraordinarios en beneficio de los justiciables”.

También se dedicó un párrafo a remarcar la diferencia entre el precepto que se postulaba (art. 31 bis, ley 5827) y el ya analizado art. 280 del CPCN (que para entonces tenía más de diez años de vigencia en la órbita del recurso extraordinario federal): “hay una notable diferencia [decía la Corte bonarense] entre el denominado ‘certiorari’, que consagra el derecho comparado y [omissis] el art. 280 del Código Procesal Civil de la Nación, pues en el Proyecto aprobado por el Senado Provincial *no hay grado alguno de discrecionalidad*, ya que el rechazo de estos medios de impugnación debe estar [...] debidamente argumentado en las causales o motivos que impone el art. 31 bis de la norma que está a consideración de esa Honorable Cámara y así debe resolverse la totalidad de los expedientes” (resaltado en el original). Agregando que “[d]icho precepto, en caso de tener sanción legislativa, impone –como no puede ser de otro modo- el pormenorizado análisis de cada uno de los expedientes, aunque la decisión surgirá con mayor celeridad pues, por ejemplo, se permite la resolución del recurso antes del llamamiento de autos para sentencia, o citando precedentes similares”.

Concluyendo así que: “solamente se busca a través de este mecanismo imprimirle más rapidez a la solución de las vías impugnativas extraordinarias que se sustancian ante este Tribunal en resguardo del postulado constitucional de la tutela continua y efectiva que surge del art. 15 de nuestra Carta Magna local”.

4.4) Trámite parlamentario.

Con relación al trámite parlamentario propiamente dicho, la iniciativa fue articulada ante la Cámara Alta de la Legislatura provincial.

Allí, el entonces senador Luis GENOUD (luego designado ministro de la Suprema Corte), ponía a consideración del Cuerpo la incorporación del art. 31 bis de la ley 5827, de conformidad con el tenor remitido por la Suprema Corte⁹³¹. En los fundamentos del proyecto se hacía expresa referencia a la inquietud exteriorizada por el cimero cuerpo jurisdiccional bonaerense respecto del cúmulo de causas ingresadas ante sus estrados:

“En razón de haber recibido por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con fecha 5 de octubre del corriente año, junto a otras sugerencias, un proyecto de reforma atinente al procedimiento u organización judicial, y haciéndonos eco de la preocupación transmitida por los integrantes de aquel Alto Tribunal, respecto a que la cantidad de causas que ingresan a la Corte Suprema desvirtúa las finalidades que la Constitución ha previsto [...] es que presentamos el presente proyecto de ley.

Con dicho proyecto se procura lograr una justicia más prestigiosa y eficaz, a la cual puedan acudir los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos inherentes a un sistema republicano de gobierno, mediante el establecimiento de un sistema en cierta medida análogo al vigente en el orden nacional en materia procesal civil y comercial, aunque adaptado a la realidad bonaerense, y que sin modificar la esencia y límite de los recursos extraordinarios, simplifique el trámite de su resolución.

El régimen que se propone no altera el contenido de los recursos extraordinarios conforme a la legislación vigente, sino que intenta modificar la actual situación, a fin de facilitar la elaboración de sus decisiones.

Por todo lo expuesto, solicitamos a los señores senadores nos acompañen con su voto afirmativo en el presente proyecto de ley”.

El proyecto fue tratado “sobre tablas” y obtuvo media sanción del Senado el 21 de diciembre de 2000 con las modificaciones introducidas un día antes en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos, quedando establecida la siguiente redacción:

⁹³¹ Expte. 267/00-01 de la Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires. El proyecto tuvo ingreso el 27 de octubre de 2000, fue aprobado por unanimidad y sin modificaciones por la Comisión de Legislación General I (12 de diciembre de 2000), introduciéndosele algunas variantes al ser aprobado –también unánimemente- en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos (20 de diciembre del mismo año).

“Artículo 31 bis: En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que el recurso extraordinario no reúne los requisitos esenciales, o que ha sido insuficientemente fundado, o que es improcedente, o que ese mismo Tribunal ha desestimado otros recursos sustancialmente análogos, podrá rechazarlo con la sola invocación de cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas.

En el caso de queja o recurso de hecho por denegación del recurso extraordinario la Suprema Corte podrá rechazarlos de acuerdo a lo dispuesto en el apartado anterior.”

Como puede advertirse, se retomaba literalmente el contenido del primer proyecto de 1995, manteniendo la discutida causal de “improcedencia” a la que antes hemos hecho referencia e incluyendo la posibilidad de aplicar el instrumento de marras a los recursos de queja por denegación de los remedios extraordinarios por el *a quo*. Esto último, en sintonía con los alcances que se daba al proyecto, que se tornaba aplicable a todas las materias propias de la competencia apelada del máximo tribunal (civil, laboral, contencioso-administrativo y penal).

Las breves referencias contenidas en el Diario de Sesiones (que refleja el tratamiento del proyecto por el pleno del Senado), muestran el arribo a un consenso generalizado tanto de las distintas fuerzas políticas como de los tres poderes del Estado, respecto del texto aprobado.

Así, el impulsor de la iniciativa –senador GENOUD- expresó como único orador ante el plenario que el trámite de la misma “refleja la decisión política de todas las fuerzas que integramos este Honorable Senado, de contribuir a trabajar por lo que reiteradamente hemos llamado aquí ‘políticas de Estado’, como es el tema de la seguridad”. Agregando que “es un hecho que confirma que no es simplemente algo declamativo y que hay un compromiso. Con esta ley le estaremos dando una herramienta a la Suprema Corte de Justicia para poder contribuir a resolver la situación de emergencia en materia penal que está atravesando ese alto Tribunal”.

Se destacó igualmente la coincidencia del Poder Ejecutivo con la propuesta: “[t]ambién quiero hacer público que, hace minutos, el ministro de Justicia, doctor CASANOVAS, me ha hecho saber su coincidencia con este proyecto y que, a tenor de una resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso que sea formulada la reserva federal, el Tribunal superior de esta provincia deberá actuar como

tribunal intermedio. Pero, desde el punto de vista jurídico, acompaña la decisión de este Senado, expuesta en este proyecto de ley”.

Finalmente, se valoró en el discurso la “buena voluntad, predisposición y decisión política” que se tuvo en la materia, calificando al tópico abordado como integrando las “políticas de Estado” de la Provincia⁹³².

Terminaba así aprobado con media sanción el proyecto originalmente impulsado por la Suprema Corte desde 1995, receptado con amplio consenso por parte de los poderes políticos de la Provincia, como puede advertirse de la síntesis de los antecedentes relevantes formulada previamente.

Sin perjuicio de ello, la norma aún no sería aprobada, ya que, pasado el proyecto con media sanción a la Cámara de Diputados, ésta no le dio tratamiento⁹³³.

5) Trámite y sanción de la ley 12.961. Primera versión del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires.

Poco tiempo después de la frustrada iniciativa aludida en el acápite anterior, se introdujo ante el Senado provincial un nuevo proyecto, de similares características. Esta vez, sin embargo, la modificación propuesta lograría captar la voluntad parlamentaria, al transformarse en la ley 12.961, que incorporó en el ordenamiento la primera versión del llamado ‘certiorari’ provincial. No obstante dicha denominación, cabe advertir que el texto original del art. 31 bis de la ley 5827, no consagraba en cabeza de la Suprema Corte una potestad de selección de causas *stricto sensu*, sino un mecanismo de agilización del trámite de asuntos de menor complejidad.

El trámite parlamentario tuvo inicio el 9 de mayo de 2002, con la presentación del proyecto de ley por el senador GUARRACINO y el pase a comisiones⁹³⁴. El texto original coincidía con el que dos años atrás había obtenido media sanción en el Senado (v. apartado anterior):

⁹³² V. para los antecedentes referidos, v. *Diario de Sesiones del Senado de la Provincia de Buenos Aires*, 21 de diciembre de 2000, 2º sesión extraordinaria, pp. 3842-3844.

⁹³³ De las constancias relativas a los pasos legislativos dados por el proyecto aludido (Expte. E 267 00/01) surge que el mismo adquirió estado parlamentario en la Cámara de Diputados (luego de la media sanción en el Senado), el 15/2/2001, pasando a la Comisión de Legislación General al día siguiente, sin que se registre impulso alguno con posterioridad.

⁹³⁴ El trámite tuvo curso bajo el Expte. E 80-02/03. El 9 de mayo de 2002 tuvo ingreso en el Senado y fue girado a las Comisiones de “Asuntos Constitucionales y Acuerdos” y de “Legislación General” (v. SENADO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, 5º sesión ordinaria, 9 de mayo de 2002, p. 657).

“Incorpórase como art. 31° bis de la ley 5827 –Orgánica del Poder Judicial-, el siguiente:

Artículo 31 bis.- En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que el recurso extraordinario no reúne los requisitos esenciales, o que ha sido insuficientemente fundado, o que es improcedente, o que ese mismo tribunal ha desestimado otros recursos sustancialmente análogos, podrá rechazarlo con la sola invocación de cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas.

En el caso de queja o recurso de hecho por denegación del recurso extraordinario la Suprema Corte podrá rechazarlo de acuerdo a lo dispuesto en el apartado anterior”

Pocos días después de su presentación, la reforma obtenía media sanción sobre tablas, sin que conste debate ni explicación alguna en la sesión plenaria respectiva, ya que nadie hizo uso de la palabra⁹³⁵.

Algunas referencias concernientes a los motivos en los que se sustentó la innovación aprobada pueden, en cambio, extraerse de la exposición de motivos de la propuesta, de la que se lee:

“La presente iniciativa viene a retomar una de igual característica que oportunamente tuviera trámite parlamentario sin que en aquella oportunidad lograra su sanción.

La misma tiene como finalidad la de aligerar el trámite de los recursos extraordinarios que tramitan ante la Suprema Corte disminuyendo la tarea material de redacción de los votos en pos de la celeridad (Expte. Nro. 3001-1701/2000, ‘Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires’).

La presente redacción del artículo 31 bis, similar a la oportunamente propuesta por la Suprema Corte no releva de ningún modo la obligación de ese tribunal de fundamentar los fallos que nacen en los artículos 161, 168 y 171 de la Constitución provincial.

Debe mencionarse que existe una notoria diferencia entre el denominado ‘certiorari’ que consagra el derecho comparado y en el artículo 280 del Código Procesal Civil de la Nación, pues en la redacción propuesta no existe grado alguno de discrecionalidad ya que el rechazo del recurso debe ser debidamente fundado, basta para corroborar esto la simple comparación con el mencionado art. 280 del CPCN que dice: ‘...La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia’.

⁹³⁵ V. SENADO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, 7° sesión ordinaria, 6 de junio 2002, pp. 790- 791.

El sentido de la introducción de la norma de referencia no es otro que el imprimirle mayor rapidez al trámite de las vías extraordinarias permitiendo por ejemplo la resolución de recursos antes del llamamiento de autos para sentencia o mediante la cita de precedentes similares.

Debemos considerar asimismo que en oportunidad del tratamiento de un proyecto de similares características la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos de esta Cámara propuso la modificación del artículo 486 del Código Procesal Penal de la Provincia a lo que oportunamente consultada la Suprema Corte mereció reparos por parte del tribunal por cuanto de dicha forma se excluye de la facultad propuesta las causas penales que tramitan por el antiguo ritual, las que tramitan en el Fuero Civil y Comercial, las de origen contencioso administrativa y las del Fuero Laboral, haciendo de esa forma inocua la reforma propuesta, por ello insistimos en la redacción oportunamente propuesta por la Suprema Corte en el proyecto mencionado anteriormente.

En el convencimiento que la reforma propuesta servirá para una mejor administración de justicia, aligerando la tramitación de los recursos pero sin otorgar mayor discrecionalidad para su resolución, es que solicito a los señores senadores, tengan a bien acompañar la presente iniciativa con su voto positivo”.

De los argumentos transcriptos⁹³⁶, se destacan algunas pautas interesantes para el estudio de los antecedentes del actual régimen provincial, ya que en buena medida sintetizan la opinión del legislador respecto de los orígenes y características del “filtro” sancionado.

En primer lugar, se evidencia una vez más la disposición del Poder Legislativo a atender la crítica situación de sobrecarga denunciada desde hacía tiempo por la Suprema Corte, como hemos visto en los apartados precedentes. De hecho, la propuesta se autocalificó como una reproducción sustancial de iniciativas anteriores impulsadas por el máximo tribunal provincial, una de las cuales –como fuera explicado- había logrado media sanción en dicha Cámara (v. *supra*, ap. 4)).

Por otro lado, se destaca claramente en el texto aludido que la nueva herramienta no estaba mentada para transformar en “discrecional” la jurisdicción recursiva del alto cuerpo, sino exclusivamente para agilizar el trámite de los recursos extraordinarios, cuando, por carecer los recursos de recaudos esenciales, estar insuficientemente fundados o haberse planteado en ellos temas resueltos en casos

⁹³⁶ Es de subrayar la evidente similitud existente entre los fundamentos del proyecto de ley y aquéllos con los que, en el año 2001, la Corte replicaba las críticas que para esa época suscitara su propuesta de incorporar el instrumento analizado en el derecho positivo local (v. nota del Presidente de la SCBA –Dr. Elías LABORDE-, a la que hicieramos referencia *supra*, ap. 4.3], cuyo tenor es prácticamente idéntico al de la exposición de motivos que se transcribe en el texto).

análogos, fuera posible desestimarlos anticipadamente. Queda claro entonces que la reforma, como explícitamente se expresa en sus fundamentos, sólo procuró aligerar la tramitación de los recursos condenados al fracaso, pero “sin otorgar mayor discrecionalidad para su resolución”, ni relevar en modo alguno la “obligación de ese tribunal de fundamentar los fallos”.

El proyecto así aprobado en el Senado, pasó a la Cámara de Diputados.

En dicha sede, la Comisión de Legislación General remitió la propuesta para dictamen del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata⁹³⁷. Como respuesta, el director de dicho instituto, profesor Epifanio CONDORELLI, planteó una serie de observaciones que interesa destacar, ya que guardan sintonía con las dos modificaciones que –como veremos- terminaron introduciéndose al texto que, para ese entonces, tenía media sanción del Senado. Expresaba el citado informe, remitido dos días después de que fuera encargado:

“La Plata, 28 de agosto de 2002.

Sr. Secretario Relator

Dr. Eduardo Otharán.

De mi consideración:

Ref. Informe sobre proyecto de ley incorporando art. 31 bis de la ley 5827 s/ rechazo de recurso extraordinario”.

En el asunto del rubro, tendo el agrado de dirigirme a ud., en mi carácter de Director del Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata, a los efectos de volcarle mi opinión técnico jurídica sobre el particular.

El proyecto en cuestión pretende instalar en el ámbito bonaerense una norma en cuya virtud, *en cualquier estado de la causa*, se potencia a la Suprema Corte de Justicia a rechazar un recurso ya concedido, por los siguientes motivos:

- a) porque el mismo, a juicio de la Corte no reúne los requisitos esenciales (?)
- b) o, que el mismo no ha sido suficientemente fundado.
- c) o que es improcedente
- d) o, por fin, que el mismo tribunal ha desestimado otros recursos sustancialmente análogos.

⁹³⁷ El pedido de informes, decidido por acuerdo de todos los miembros de la Comisión de Legislación General I de la Cámara de Diputados, data del 26 de agosto de 2002 y fue comunicado por el Dr. Eduardo OTHARÁN, Secretario Relator de la. En el mismo se requiere al Director del Instituto de Derecho Procesal su “opinión técnico jurídica” sobre el proyecto n° E 80-02/03, “en consideración a la importancia que [dicha] Comisión [había] asignado al contenido del proyecto”.

Al paso que, tratándose del recurso de hecho –o directo, o de queja técnicamente expresado– podrá, también, rechazarlo de acuerdo a lo expuesto precedentemente.

En los fundamentos se consigna que existe una diferencia entre el denominado ‘certiorari’ que consagra el derecho comarcano y el art. 280 del Código Procesal de la Nación, arguyéndose que, en la redacción propuesta no existiría grado alguno de discrecionalidad, dado que el rechazo habría de estar suficientemente fundado, porque así lo exigirían los arts. 161, 168 y 171 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As., como que la norma tenía como finalidad aligerar el trámite de los recursos extraordinarios.

Creo que el asunto tiene una gran importancia en el tráfico litigioso y, desde mi óptica, es un paso más en aras de mostrar el déficit notorio que padece el funcionamiento del servicio de justicia.

Comencemos por poner en evidencia que la norma de mentas no consigna que la Suprema Corte de Justicia habrá de fundamentar debidamente el rechazo del recurso que está en tramitación y que ya superó el duro trance de la admisibilidad (quizás la zona más escabrosa del mismo). Si se lee atentamente el proyecto, habrá de observarse que se faculta al Alto Tribunal a rechazar el recurso ‘con la sola invocación de cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas’. *Nada más.*

Y, en esta línea, cabría pensar: qué significa la locución ‘no reúne los requisitos esenciales’ o ‘ha sido insuficientemente fundado’ y, lo que es peor ‘que es improcedente (por qué), o que ‘se han desestimado otros recursos sustancialmente análogos’.

No se nota, en suma, carga alguna de fundamentación seria para la Suprema Corte que de esta forma o manera rechazaría un recurso extraordinario, sin respetar las garantías del debido proceso legal, porque de lo que se trata, dentro del contexto de un sano respeto por la garantía de la defensa en juicio que consagra la norma del art. 18 de la Constitución Nacional, es que una sentencia no tenga un fundamento *sólo aparente o afirmaciones meramente dogmáticas: es que no basta que en fallo esté fundado, sino que es menester que esos fundamentos estén, a su vez, fundados, porque si no lo están hay solamente apariencia de fundamentación lo que tornaría arbitraria a la sentencia* (v. Carrió, Genaro y Carrió Alejandro: ‘Recurso extraordinario por sentencia arbitraria’, 3º ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1983, t. I, ps. 229 y ss.).

Considero que la norma, como está proyectada puede sufrir un duro embate de inconstitucionalidad, justamente por la total y absoluta carencia de fundamentación con que actuaría la Corte, enfrentando, como se dijo, la norma de rango constitucional que tutela al debido proceso legal.

Resulta, en verdad, antitético que la Suprema Corte deje sin efecto sentencias cuando las mismas carezcan de fundamentación y, no obstante ello, cuando ella resuelva cometa el mismo pecado constitucional porque ello importa o implica caer en arbitrariedad y ello, obviamente, no resulta prohibible en un estado de derecho (Carrió, op. y loc. cit.).

Ello no puede protegerse, aunque se trate del más Alto Tribunal de la Pcia., ni tampoco porque lo diga una norma del derecho positivo vigente, pues por encima de ella está la Constitución (art. 31 C.N., mantenido intocado por la reforma convocada por la ley 23.309 del año 1994).

No podrá aplicarse, quizás, a la Suprema Corte de Justicia la doctrina del acto propio que ella misma tutela, porque si deja sin efecto sentencias de los tribunales inferiores habida cuenta que se

contraría la tan recordada disposición del art. 18 de la Constitución Nacional, como es posible que el mismo órgano, cabeza de poder, haga lo mismo?

Cabe pensar, también, y ello lo conocen bien los abogados dichos en materia de recursos extraordinarios, que la Suprema Corte de hecho ejerce un certiorari, esto es, considera los asuntos, que *a su juicio*, correspondía que lo fuesen, es decir, enjuicia el decisorio que en el sentir de la Corte así fuera, y ello, como no podría ser de otra manera, es absolutamente discrecional del Tribunal.

El temperamento, como el que se pretende instalar, es sumamente peligroso, no bien se piensa, que es jurisprudencia inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que las resoluciones que decretan la inadmisibilidad de los recursos, deducidos ante los tribunales de la causa, no justifican como regla, el otorgamiento de la apelación extraordinaria (Fallos 271:24 y 380; 273:408; 274:78; causas E.146 y D.317, entre otras), con lo cual el epílogo es que el pleito va a fenecer en la órbita de la Pcia. de Bs. As. Sin posibilidad de acceso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vulnerando de esta forma, el legítimo derecho del justiciable de ser escuchado por la última intérprete de la Constitución Nacional.

Por lo demás, si se quiere instituir en el ámbito bonaerense la figura del certiorari, cosa que se hizo en forma asaz desafortunada en la Nación, a través del art. 280 del Código Procesal Nacional (la experiencia ha indicado que la Corte Suprema rechaza los recursos con una fundamentación de sólo un renglón y medio invocando solamente este dispositivo legal), cabe advertir que en EEUU, de donde proviene la institución, desde la sanción de la ley el 13 de febrero de 1925, el modo más frecuente de recurrir ante la Corte Suprema de los Estados Unidos solicitando la revisión de una sentencia dictada por un tribunal estadual de última instancia o por una Court of Appeal, consiste en peticionar que mediante un writ of certiorari la Corte decida discrecionalmente que se le envíe la causa para su decisión (también mediante certiorari, la corte puede revisar las decisiones de las Courts of claims y de la Court of Customs and patent appeals). Basta para ello que cuatro jueces de la Corte piensen que la cuestión planteada merezca ser considerada por el alto Tribunal, con lo cual se ve claramente que la institución sirve para ampliar el espectro del recurso en aras a satisfacer el derecho de defensa en juicio plenamente.

En cambio, acontece lo inverso con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien por conducto de lo que establece la norma del art. 280 del Código Procesal de la Nación, puede rechazar el recurso con la sola invocación de la norma sin dar fundamento (la experiencia indicó e indica que la Corte Suprema nacional, con un escaso renglón y medio, rechaza los recursos echando mano sin fundamentación alguna al aludido art. 280, lo cual hace ‘saltar a la vista’ su flagrante inconstitucionalidad).

En consecuencia, normas como las que se propone incorporar, en nada y para nada alimentan el derecho de defensa en juicio, sino que, antes bien, lo erosionan, y lo aniquilan, aumentándose el descrédito de la justicia.

Aún cuando se exija que la Suprema Corte bonaerense, fundamente el rechazo, ello lo será seguramente a través de un cliché, que a la postre importará no decidir nada, con lo cual caemos nuevamente en el territorio de la arbitrariedad.

En suma: mi opinión, es que el proyecto debe ser repelido y no habrá de dársele sanción por afrentar garantías constitucionales.

Aprovecho la oportunidad para saludarle con mi consideración más distinguida.

Epifanio J. L. Condorelli, Director del Instituto de Derecho Procesal. Facultad de Derecho (UNLP)” (resaltados en el original)

No es el lugar aquí de analizar el acierto de las consideraciones allí vertidas, ya que ello importaría reeditar la mayoría de las discusiones que analizamos en diversas parcelas de esta investigación. Ello excedería el cometido del presente párrafo, destinado exclusivamente a analizar los antecedentes parlamentarios del filtro de la casación bonaerense. De la transcripción previa, de todos modos, puede advertirse que el énfasis central de la crítica recayó sobre la ausencia de fundamentación de la decisión de inadmisión basada en el resorte previsto en el nuevo art. 31 bis de la LOPJ.

Atendiendo a las críticas ensayadas, durante el trámite del proyecto ante la Cámara baja se le introdujeron dos reformas destinadas a reducir el temor a la utilización discrecional del instituto que se legislaba. En primer lugar, se removió la polémica referencia a la “improcedencia” del recurso como causal para la aplicación del art. 31 bis del art. 5827, supresión explicable por las razones aludidas *supra* (v. especialmente aps. 2] y 3]). En segundo término, se intercalaba la expresión “fundadamente” calificando el modo en que el rechazo del recurso extraordinario debía formalizarse.

Receptadas finalmente dichas modificaciones por la Cámara de origen, tuvo sanción definitiva el primer texto del art. 31 bis de la ley 5827⁹³⁸, que rezaba:

“Artículo 31 bis.- En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que el recurso extraordinario no reúne los requisitos esenciales, o que ha sido insuficientemente fundado, o que ese mismo tribunal ha desestimado otros recursos sustancialmente análogos, podrá fundadamente rechazarlo con la sola invocación de cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas.

En el caso de queja o recurso de hecho por denegación del recurso extraordinario la Suprema Corte podrá rechazarlo de acuerdo a lo dispuesto en el apartado anterior” (énfasis agregado).

⁹³⁸ La fecha de aprobación definitiva de la ley 12.961 fue el 24 de octubre de 2002. El Poder Ejecutivo la promulgó por Dec. 2729/02, del 12 de noviembre del mismo año, siendo publicada en el BOP n° 24611, del 28 de noviembre de 2002.

Una breve referencia se impone respecto de la redacción finalmente acordada al art. 31 bis de la ley 5827, en su versión original (ley 12.961), con relación a la carga de “fundamentación” que dicho precepto (a diferencia del art. 280 del CPCN) imponía para la aplicación del resorte allí previsto. En realidad, la redacción del artículo, tal como quedó plasmada, permitía una hermenéutica dual, ya que –como puede advertirse de su lectura- expresaba que el superior tribunal provincial podría “*fundadamente* rechazar [el recurso extraordinario] *con la sola invocación* de cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas”. Los antecedentes legislativos estudiados, parecían guiar al intérprete a considerar que la referencia aludida buscaba imponer a la Corte una argumentación que debía ir más allá de la mera cita del art. 31 bis o de la sola mención de la causal de rechazo respectiva.

Pero una forma distinta de entender el artículo, que en otra oportunidad hemos considerado más ajustada a la letra de la disposición⁹³⁹, era considerar que, en realidad, la misma *permitía tener por “fundada” la desestimación con la invocación del motivo que opera en la especie*. Por lo que bastaba con señalar si en el caso se trataba de un embate insuficientemente planteado, o carente de recaudos esenciales, o asimilable a otros que han sido repelidos, para sellar su suerte.

Así como la primera hermenéutica parecía corresponder con la *ratio* por la que el legislador introdujo la expresión “fundadamente” (enervar los reparos constitucionales que se planteaban contra el dispositivo), la segunda, además de coincidir con una exégesis literal del art. 31 bis de la LOPJ, fue la que finalmente imperó al ser reformada dicha norma en el año 2008. En efecto, la ley 13.812 finalmente aclaró el dilema de marras optando por imponer a la Corte exclusivamente la cita del citado precepto y la referencia a la causal correspondiente⁹⁴⁰.

La versión del precepto que examinamos en este acápite tuvo operatividad entre los meses de diciembre de 2001 y abril de 2008, fecha -esta última- en la que fue reemplazado por la ley 13.812, que aprobó su texto vigente.

⁹³⁹ V. GIANNINI, Leandro J., “El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires (Algunos aspectos técnicos)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, v. 2007-1 (Nulidades), pp. 291-345, esp. cap. II.2

⁹⁴⁰ El texto vigente del art. 31 bis dispone en su parte pertinente que frente a los motivos que autorizan el rechazo de los recursos extraordinarios, la Corte podrá proceder a su desestimación “... *con la sola invocación de la presente norma y la referencia a cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas*”.

Durante dicha etapa, la Corte no hizo una aplicación prolífica de la herramienta conferida por el ordenamiento. Recién a partir del año 2004 se registran algunos precedentes en los que el art. 31 bis de la LOPJ (según el texto aprobado por la ley 12.961) comenzaba a ser empleado como instrumento de decisión liminar de casos repetitivos, de embates insuficientes y hasta para resolver recursos simplemente improcedentes. La utilización del dispositivo, de todos modos, no respondía a una estrategia constante del tribunal, que se resistía a colocar sistemáticamente en la etapa de admisión recursiva (hasta 2009 tramitada ante la Secretaría de Actuación de la Corte), un estudio anticipado de procedencia o fundabilidad como el que demandaban los estándares previstos en el art. 31 bis. Por lo que -en la práctica- no siempre se lograba la agilización procedimental para la que la norma había sido diseñada.

De todos modos, esta finalidad original del filtro (resolución anticipada de remedios cuya improcedencia era visible liminarmente) ya asomaba en varios precedentes dictados durante dicho período.

En el primer precedente registrado de aplicación del art. 31 bis de la LOPJ en la jurisprudencia de la SCBA, el dispositivo era utilizado para rechazar los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y de nulidad deducidos en un caso en el que las causales de revisión invocadas no correspondían a los remedios intentados. A tales efectos, se introdujo en la resolución una variante acotada de motivación que permitía conocer someramente el sustento del rechazo⁹⁴¹. Poco tiempo después se aplicaba el instituto para poner fin a una miríada de asuntos vinculados con la secuela de la crisis

⁹⁴¹ SCBA, Ac. 85.922, “Cognini, Juan Carlos c/ Rodríguez, Raúl Eduardo. Ejecutivo”, res. del 3-III-2004. Por tratarse del primer caso en el que se aplicó la norma analizada, transcribimos su texto completo:

“Autos y Visto:

El recurso previsto en el art.161, inc. 1 de la Constitución de la Provincia, se abre en el único supuesto en que en la instancia ordinaria se haya controvertido y decidido la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos provinciales confrontados con normas de la Constitución local, supuesto que no ocurre porque los fundamentos del mismo se vinculan con normas nacionales -ley 25.561- materia ajena al recurso en tratamiento y propia del de inaplicabilidad de ley (Ac. 74.898, 13-IX-2000; Ac. 80.245, 27-XII-2000; Ac. 85.273, 24-IX-2003).

El recurso extraordinario de nulidad interpuesto resulta improcedente, pues su fundamentación no se vincula con ninguna de las formalidades establecidas en el art. 168 de la Constitución de la Provincia, sino que los agravios expresados se basan en supuestos errores de juzgamiento, cuestiones también ajenas al remedio intentado (Ac. 43.117, 15-III-89; Ac. 84.280, 20-XI-2002).

Por ello, se desestima el recurso extraordinario de inconstitucionalidad de ley y se rechaza el recurso extraordinario de nulidad; con costas (arts. 296 y 298, C.P.C.C.; art. 31 bis ley 5827, texto ley 12.961).

Notifíquese y devuélvase”.

económico-financiera de 2001-2002, apelando a la causal específica de ‘certiorari’, que autoriza la desestimación de panteos resueltos en casos análogos⁹⁴².

Otras hipótesis de resolución de cuestiones repetitivas también encontraron en esta variante de ‘certiorari’ su cauce de resolución durante el período inaugural al que nos venimos refiriendo. Así, ocurrió, por ejemplo, con los reiterados planteos de inconstitucionalidad de la Ley de Riesgos de Trabajo y la necesidad de reconducir las acciones deducidas sobre la base de la normativa descalificada⁹⁴³.

También en esta época el instituto fue empleado en más de una oportunidad para rechazar recursos extraordinarios de nulidad en los que la denuncia de infracción a las formas previstas en los arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial aparecía infundada. Para estos supuestos, la Corte acudió en algunas oportunidades a la causal de “resolución en casos análogos”⁹⁴⁴ (tendencia que merece ciertos reparos, como lo veremos *infra*, par. IV, ap. 4.4.d).

La causal de insuficiencia también tuvo acogida en esta primera etapa del ‘certiorari’, para la desestimación de múltiples recursos extraordinarios⁹⁴⁵ o de queja⁹⁴⁶.

⁹⁴² SCBA, Ac. 89.853, “Sansosti”, Ac. 90.425 “Fournier”, Ac. 90.427, “Berte”, Ac. 90.458 “Alcaide”, etc., todas del 6-IV-2004, entre muchas otras dictadas sobre el mismo tema (inaplicabilidad de la normativa de emergencia financiera o “pesificación” bancaria, a los depósitos judiciales). V. asimismo Ac. 93.090, “Ercolani”; Ac. 89.869, “Carrasco”, etc., todas del 17-XI- 2004 (declarando la incompetencia de la justicia local y la competencia de la justicia federal para resolver cuestiones atinentes a la aplicación y constitucionalidad de la normativa de emergencia económica).

⁹⁴³ Se trata de la secuela de casos posteriores a los fallos de la SCBA en las causas L. 75.708, “Quiroga”, sent. del 23-IV-2003 y L. 81.216, “Castro c/ Dycasa S.A.”, sent. del 22-X-2003, doctrina que suscitó una masiva litigiosidad en el fuero específico, que repercutió fuertemente en los estrados del máximo tribunal. Luego de varios decisorios abordando la problemática de marras, la Corte decidió emplear el ‘certiorari’ para dirimir los recursos pendientes de solución ante sus estrados. V., entre otros, SCBA causas Ac. 91.179, “Insúa”, del 26-X- 2005; Ac. 94.162, “Fracchia”, del 28-XII-2005; Ac. 91.231, “Idarreta”, 22-III- 2006; Ac. 92.409, “Crespín”, 3-V-2006; Ac. 92.775, “Castillo”, del 31-VIII-2007, entre muchos otros.

⁹⁴⁴ SCBA, Ac. 92.165, “Mochi”, Ac. 92.182, “Portugalli”, ambas res. del 1-IX-2004, entre otras de idéntico tenor dictadas en la misma fecha. El rechazo estaba fundado en estos términos: “Esta Suprema Corte ha resuelto ante planteos sustancialmente análogos al presente, por un lado que resulta infundado el recurso extraordinario de nulidad cuando la sentencia encuentra respaldo legal, como en el caso (art. 171, Const. de la Provincia) ...”.

⁹⁴⁵ V. SCBA, Ac. 87.822, “Juárez”, 14-IV- 2004; Ac. 90.688, “Garduño”, 18-VIII-2004; Ac. 94.031, “Medo”, del 21-IX-2005; Ac. 97.050, “Pichín”, del 8-II-2006.

⁹⁴⁶ V., por ej., SCBA, Ac. 93.916, “Garda de Haddad”, res. del 12-X- 2005, desestimando un recurso de queja que no cuestionaba adecuadamente las razones por las que el *a quo* había declarado inadmisibles el recurso extraordinario.

En estas hipótesis, vale destacarlo, la aplicación del art. 31 bis de la LOPJ no importaba incorporar un instrumento de gestión significativo para la resolución de causas, ya que la Corte desde siempre había desestimado liminarmente dicha clase de embates por falta de fundamentación suficiente. Es decir, que la única novedad que acarrea esta forma de decidir, era la cita legal del art. 31 bis de la LOPJ en el fallo respectivo. Nótese que la verdadera innovación en la materia se presenta cuando la queja no se rechaza por las falencias propias del recurso de hecho, sino por la insuficiencia técnica *del recurso extraordinario cuya denegación diera motivo a aquél*. Así, cuando una queja adecuadamente sustentada, es articulada para revisar la declaración

En otros supuestos, la utilización del ‘certiorari’ no iba acompañada de la indicación de la causal respectiva: simplemente se rechazaba anticipadamente el recurso deducido (tónica aplicada más de una vez a la desestimación de recursos extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad)⁹⁴⁷. Dicha práctica importaba un apartamiento de la exigencia contenida en la parte final del citado art. 31 bis, en la que se imponía que la Corte, al desestimar los recursos respectivos, invoque alguna de las circunstancias aludidas en la norma; es decir que, al menos, señale cuál de las causales de ‘certiorari’ resultaba de aplicación en la especie⁹⁴⁸.

6) Trámite y sanción de la ley 13.812. Segunda versión del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires.

Para cerrar el *racconto* de los antecedentes parlamentarios del instituto examinado, haremos referencia al proceso legislativo que derivara en la actual redacción del art. 31 bis de la ley 5827.

La iniciativa que luego culminara con la aprobación de la ley 13.812 tuvo lugar a propósito de la reedición de los problemas del régimen procesal penal. Una de las disfuncionalidades advertidas en dicho sistema de enjuiciamiento, fue la sobrecarga de tareas del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, órgano intermedio creado en el año 1997, destinado a desempeñar un papel fundamental en lo

de inadmisibilidad de un recurso extraordinario insuficiente, la ventaja que proporciona la causal de insuficiencia del art. 31 bis, es que no resulta necesario hacer lugar a la queja para tener que desestimar el remedio extraordinario en una fase posterior. El ‘certiorari’ permite en este punto concentrar la decisión sobre la procedencia de la queja y del recurso extraordinario cuya denegación motivara la primera (v. un ejemplo de utilización del ‘certiorari’ en este sentido en la citada causa Ac. 87.822, “Juárez”, del 14-IV-2004, entre otros).

⁹⁴⁷ V., por ej., SCBA Ac. 94.991, “Márquez”, 5-X-2005, en cuya parte pertinente se lee: “... Pasando a analizar la impugnación traída por la vía extraordinaria de nulidad, cabe destacar que si bien se denuncia la violación del art. 171 de la Constitución provincial, el fallo en embate se encuentra fundado en ley, resultando ajenas a este remedio las cuestiones referidas al acierto de lo decidido, así como a la valoración de los hechos y de las pruebas (conf. doct. Ac. 91.536, 3-II-2005; Ac. 91.756, 22-VI-2005). Por ello [...] se desestima el [recurso extraordinario] de nulidad (art. 31 bis, ley 5827, según ley 12.961)”. En similar sentido, v. Ac. 94.143, “Manduci”, del 5-X-2005; Ac. 95.484, “Reynier”, 26-X-2005; Ac. 102.128, “Zárate”, del 14-XI-2007 (rechazando el recurso extraordinario de nulidad por no verificarse las infracciones formales denunciadas o por haberse articulado por ese medio agravios propios de otras vías de impugnación); Ac. 94.354, “Fisco Nacional c/ Maggi Hnos.”, del 5-X-2005 (desestimando recursos extraordinarios de nulidad e inconstitucionalidad sin señalar cuál de las causales del art. 31 bis se aplicaba en la especie), entre muchos otros.

⁹⁴⁸ Al día de hoy, dicha falencia suele suplida con la apelación a la existencia de “casos análogos” en los que esta clase de embates fueran desestimados (v., por ej., causas C. 104.628, “Passarelli” del 19-V-2010; C. 116.742, “Prieto”, 6-VI-2012), criterio que también merece objeciones, como será explicado más adelante (v. *infra*, ap. 4.4.d).

concerniente a la revisión de las sentencias definitivas (o equiparables a definitivas) dictadas en ese fuero. Luego del criterio sostenido por la Corte Suprema de la Nación especialmente en el caso “Casal”⁹⁴⁹, el ámbito de acción de los órganos de casación penal de todo el país se dilató considerablemente, al verse forzados a desempeñar una función amplia de revisión que antes desconocían⁹⁵⁰. Expresado sintéticamente, el control de corrección de la sentencia de primera instancia ya no puede limitarse, en el caso de impugnaciones deducidas por el imputado (condenado en dicha sede), a la nomofilaxis tradicional, es decir, a la verificación de la correcta interpretación y/o aplicación de la ley. Por el contrario, una lectura amplia de la garantía prevista en el art. 8.2.h) del Pacto San José de Costa Rica (derecho al recurso), llevó a la Corte Suprema de la Nación, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁵¹, a imponer a esta clase de tribunales intermedios, en materia penal, el criterio del “máximo rendimiento” de la vía de embate respectiva, que incluye la necesidad constitucional (y “convencional”) de reexaminar el acierto del juicio de hecho concretado por el judicante de grado, en la medida en que dicha tarea sea compatible con las reglas propias del trámite ante sus estrados.

No es éste, repetimos, el lugar para analizar en profundidad el impacto de la citada doctrina en la praxis de los tribunales de casación penal argentinos, aunque queda claro que el nuevo paradigma de revisión, produjo una amplificación de la cantidad de recursos interpuestos ante dicha sede⁹⁵², así como la necesidad de dedicar un mayor

⁹⁴⁹ CSN, sent. del 20-IX-2005, “Casal, Matías Eugenio y otro s/ Robo simple en grado de tentativa”, “Fallos” 328:3399.

⁹⁵⁰ El análisis en profundidad del fuerte impacto que, en el ámbito de la casación penal, tuvo el fallo de la CSJN *in re* “Casal”, desborda los fines del presente. Entre los numerosos autores que han comentado acerca del impacto del precedente en la casación nacional y local, cabe remitir a LEDESMA, Ángela, “Algunas reflexiones sobre las funciones de los tribunales de casación”, en VVAA [Coord.: BERIZONCE, Roberto – HITTERS, Juan Carlos – OTEIZA, Eduardo], *El papel de los Tribunales Superiores*, Segunda Parte, 2008, pp. 66-74, esp. pp. 66-68; GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán - MORELLO, Augusto M., “Reformulación de la casación penal” LL 2005-F-106; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Las lecciones constitucionales del fallo ‘Casal’”, LL 2005-F-1536; MATEOS, Fernando, “El precedente ‘Casal’ y sus obiter dicta subyacentes: las respuestas jurisdiccionales estereotipadas. Conceptos transfundibles a la casación provincial”, LNBA 2007-4-369; CHIARA DÍAZ, Carlos A. – OBLIGADO, Daniel H., *La casación penal*, Nova Tesis, Rosario, 2º edición, 2010, pássim; SEDLACEK, Federico D., “Casal, casación y máximo rendimiento: un ‘bypass convencional’ para los tribunales orales de instancia única”, en *El Dial.com*, del 24-VIII-2011.

⁹⁵¹ V. fundamentalmente Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, Serie C N° 107, sent. del 2 de julio de 2004.

⁹⁵² Sólo para una aproximación estadística a la evolución de las cifras de ingreso de los tribunales de casación nacional y de la Provincia de Buenos Aires en la última década, puede apreciarse de la siguiente tabla:

esfuerzo material al estudio de cada asunto, en atención a la posibilidad de modificar el sustrato fáctico de la litis, a través de un nuevo examen del modo en que la mayoría de la prueba fue valorada.

En lo que aquí interesa, la exposición del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires a un elevado número de expedientes, tanto del ámbito penal propiamente dicho, como en lo correccional y contravencional⁹⁵³, dio lugar a la iniciativa, postulada por los mismos integrantes del citado cuerpo intermedio, de reducir sustancialmente su órbita de actuación. Se procuró en tal sentido alejar de sus estrados los casos correccionales, así como los relativos a faltas y contravenciones, para remediar la demora en la resolución definitiva de los casos tramitados ante este fuero⁹⁵⁴.

Casación Nacional y Pcia. de Bs. As. (evolución ingreso de causas)		
Año	Cámara Nacional de Casación Penal	Tribunal de Casación Pcia. Bs. As.
2002	821	3.275
2003	1.017	3.044
2004	1.212	2.733
2005	1.971	3.297
2006	2.996	3.204
2007	3.083	3.870
2008	3.117	3.765
2009	4.329	4.679
2010	4.226	4.756
2011	N/D	5.566

Fuentes: Oficina de Estadísticas del Poder Judicial de la Nación (http://www.pjn.gov.ar/07_estadisticas) y estadísticas del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires (disponibles en: <http://www.scba.gov.ar/casacion>)

⁹⁵³ Antes de la reforma de la ley 13.812, el Tribunal de Casación, como integrante de la jurisdicción penal contemplada en el art. 15 del CPP, estaba potencialmente habilitado para revisar las sentencias dictadas por los jueces correccionales o las Cámaras de Garantías (según el régimen aplicable) en materia de faltas y contravenciones (conf. art. 448, ord. cit.). Sin embargo, durante muchos años, aquél cuerpo mantuvo una jurisprudencia restrictiva (oscilante incluso entre sus salas), por la que consideraba que no correspondía a sus atribuciones entender en dichas causas, sino exclusivamente en las de índole penal (delitos). Como lo destacara HITTERS en su voto en la causa Ac. 90.814, res. del 29-XII-2004 (en el mismo sentido, v. su voto en causas Ac. 93.531, res. del 6-VII-2005; Ac. 97.500, res. del 28-VI-2006, etc.), dicho criterio carecía de asidero en el régimen precedente a la ley de 13.812, ya que, en dicha época, ninguna norma excluía de los estrados del TC a los asuntos vinculados con faltas municipales o provinciales, cuyo juzgamiento integraba –como fuera adelantado– el ámbito de conocimiento de la jurisdicción penal, de la que el citado cuerpo intermedio es natural y calificado integrante.

Finalmente, la ley 13.812 removió la materia contravencional de las potestades de revisión del citado órgano jurisdiccional, variando radicalmente el panorama de marras (v. voto del Dr. HITTERS, Ac. 105.252, “F., O.”, res. del 29-XII-2008).

⁹⁵⁴ Es de advertir que la modificación de las funciones del Tribunal de Casación Penal (que a partir de la citada jurisprudencia ampliatoria dejaba de concentrarse en la nomofilaxis y la uniformación para desempeñar con más rigor un rol axiológico y garantizador del *ius litigatoris* del imputado –derecho al recurso–), llevó incluso a pensar en la supresión del órgano del elenco judicial provincial. Referencias a iniciativas de estas características pueden verse en las intervenciones de los legisladores en el debate parlamentario de la ley 13.812, al que haremos referencia a continuación).

No pasó mucho tiempo hasta que se advirtiera que, si bien la solución ensayada podía servir para atemperar el cuadro de situación del Tribunal de Casación (al lograr que este cuerpo se aboque casi exclusivamente a casos “criminales” *stricto sensu*), era, en paralelo, susceptible de colocar en riesgo las posibilidades funcionales de la Suprema Corte. En efecto, hasta ese momento, el cimero cuerpo jurisdiccional bonaerense sólo entendía, en materia penal, de las sentencias definitivas emanadas del Tribunal de Casación. Por ello, desde la Corte misma se valoró que, de acogerse la propuesta, una buena parte de las decisiones que anteriormente eran sometidas a la revisión del Tribunal de Casación quedarían excluidas de ese paso intermedio y, por consiguiente, serían llevadas directamente ante la Suprema Corte bonaerense, lo que –según dicha estimación- llevaría a multiplicar el nivel de trabajo de esta última.

Claro está que, en términos estáticos y un tanto superficiales, alguien hubiera podido objetar ese presagio afirmando que la Corte no se vería impactada directamente por la reforma, en atención a que la totalidad de los asuntos respecto de los cuales se aniquilaba el derecho a recurrir ante el Tribunal de Casación, tampoco podrían arribar a los estrados de la Suprema Corte, ya que no superarían el valladar previsto en el art. 494, del CPP esto es, la *suma gravaminis*.⁹⁵⁵ Sin embargo, dicha observación inicial queda desmentida por la praxis del recurso extraordinario local, especialmente, por el fuerte impacto que, en dicho régimen, tenía (y tiene) la conocida doctrina sentada por la CSN *in re* “Strada – Di Mascio” (v. *supra*, par. I e *infra*, par. IV, ap. 4.5.f] y ap. 10.3). Como es sabido, a consecuencia de dicho criterio jurisprudencial, el máximo tribunal local tiene el deber de tratar todas las “cuestiones federales” introducidas oportunamente por el recurrente, de modo de permitir el tránsito de la causa ante dicha instancia, como paso previo para llegar eventualmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del embate previsto en el art. 14 de la ley 48. El uso generalizado de esta herramienta, especialmente en materia penal, permitía sin mayores dificultades advertir, a quien analizara las consecuencias prácticas de la innovación postulada, que los casos que no tuvieran lugar ante el Tribunal de Casación, serían en el futuro llevados directamente ante la SCBA, echando mano de la citada doctrina “Strada – Di Mascio”, que permite a

⁹⁵⁵ Para ese entonces sólo podían recurrirse ante la Corte las causas en las que se hubiera aplicado o requerido una condena superior a los seis años de prisión o reclusión, lo que excluía, por regla, la materia correccional y contravencional del recurso de inaplicabilidad de ley.

un recurrente suficientemente formado, intentar sortear el recaudo del monto de la pena, a través de la invocación de un tópico de los comprendidos en el art. 14 de la ley 48. Teniendo en cuenta que tales “cuestiones federales” no sólo quedan configuradas frente a una articulación de constitucionalidad o ante la denuncia de errónea interpretación de una ley de dicha naturaleza, sino incluso –como sucede frecuentemente en la práctica- ante la invocación de una hipótesis de “arbitrariedad”, no era difícil presagiar un aumento considerable de la litigiosidad ante la máxima instancia jurisdiccional bonaerense, que –por lo explicado- no podría ser remediada mediante el sencillo resorte de la *suma gravaminis*.

Dicho temor a la expansión de la ya dilatada litigiosidad ante la SCBA, produjo, como reacción frente a la reforma emprendida, la introducción de dos propuestas de modificación del proyecto original del Poder Ejecutivo, que ya había sido aprobado por la Cámara de Diputados⁹⁵⁶. Así, ante el Senado (cámara revisora), se impulsaron dos enmiendas que fueron finalmente receptadas: i) el aumento de la *suma gravaminis* para el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en materia penal (se pasaba de seis a diez años de prisión) y ii) la inclusión, en el proyecto de ley de marras, de una modificación al art. 31 bis de la ley 5827, estableciendo una verdadera potestad de selección de casos en cabeza del cimero cuerpo de justicia, frente a la esperable sobrecarga que la enmienda original le ocasionaría en su competencia apelada.

De tal modo, el texto del art. 31 bis de la LOPJ (que en su versión inicial –ley 12.961- sólo permitía a la Corte agilizar el trámite de recursos condenados al fracaso), pasaba a contener un instrumento que, ante una posible multiplicación de recursos extraordinarios, le permitiría al máximo tribunal colocarse en posición de decidir con mayor flexibilidad qué casos decidir.

Veamos el íter parlamentario del proyecto de ley respectivo.

El mismo fue presentado por el Poder Ejecutivo ante la Cámara de Diputados, el 7 de febrero de 2008. En los “Fundamentos” de la remisión, se hizo referencia a la problemática de la sobrecarga del Tribunal de Casación, sin mención alguna a la

⁹⁵⁶ Como luego veremos, el proyecto original del PE (aprobado inicialmente por la Cámara de Diputados) sólo atendía a la referida problemática de la congestión del Tribunal de Casación, sin advertir las consecuencias que ello tendría en el ámbito de la Suprema Corte, ni –obviamente- prever dispositivo alguno tendiente a paliar tales previsibles repercusiones. Puede consultarse el texto original del proyecto de ley del Poder Ejecutivo provincial en el sitio web de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires: <http://www.hcdiputados-ba.gov.ar> (expte.: PE 16-07/08).

modificación del art. 31 bis de la ley 5827, que –como fuera anticipado- no se encontraba incluido en el texto inicial remitido a la Legislatura. Transcribimos a continuación dicha exposición de motivos:

“Honorable Legislatura:

Se somete a consideración de Vuestra Honorabilidad el proyecto de ley que se adjunta para su sanción, a través del cual se propicia introducir modificaciones al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires -Ley Nro. 11.922 y modificatorias-, en orden a la asignación de competencia del tribunal de Casación Penal y las Cámaras de Apelaciones y Garantías en lo Penal, así como las vías recursivas pertinentes.

El mismo tiene como fundamento el estado de colapso por el que está atravesando el excelentísimo tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, resultando entonces sustancial rever la amplitud de competencia de la materia casable.

Que además de la competencia originariamente asignada al Tribunal de Casación Penal, la misma se ha visto fuertemente incrementada a la luz de la interpretación de los instrumentos internacionales, los que ya no admiten una revisión acotada por parte de los tribunales intermedios sino que exigen un análisis integral que resulte abarcativo de las cuestiones de hecho con el objeto de garantizar a todos los imputados la garantía del doble conforme a través de su derecho de revisión por parte de un estamento superior.

Es sabido que a través del avance jurisprudencial, especialmente con el dictado del fallo “Casal” de fecha 20/09/05 la C.S.J.N. dejó establecido que debía darse prioridad a la manda que emerge del art. 8 inc. h) de la C.A.D.H. y por tanto no interpretar el recurso de casación de modo restrictivo sino extenderlo a cuestiones también de hecho.

Que resulta necesario, vista la congestión de los procesos en trámite ante el tribunal de Casación Penal que los mismos se sustancien en un plazo razonable de duración conforme los parámetros que rigen la materia.

Es así que la presente propuesta procura dar respuesta en tiempo oportuno a los justiciables cuyos casos son sometidos a conocimiento del tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, por lo que resulta imperioso reducir los casos que lleguen a estudio mediante la interposición de recursos.

Que el instrumento adecuado para llevar a cabo esta reducción es sustraer de la competencia de dicho tribunal los casos comprendidos en materia correccional.

De esta manera solo llegarían a conocimiento del tribunal de Casación Penal por vía casatoria los recursos interpuestos en materia criminal, atribuyendo a las cámaras de Apelaciones y Garantías en lo Penal la competencia en los recursos de apelación, acción de revisión, juicio abreviado y directísimo en materia correccional.

Para paliar el inconveniente de los excesivos plazos para la tramitación de los procesos y en procura de dar un plazo razonable a los mismos se fija como término de resolución definitiva seis meses con posibilidad de prorrogar por seis meses más mediante resolución fundada.

El objeto de esta reforma transitoria es impactar de manera favorable en la celeridad para la resolución de los procesos en trámite.

Teniendo en cuenta el atraso registrado en la resolución de los recursos como disposiciones transitorias se dispone que las causas en materia criminal deben ser resueltas por el tribunal de Casación Penal en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigencia de esta ley.

Respecto de las sentencias en materia correccional se introduce la distribución de los expedientes entre las distintas cámaras de Apelaciones departamentales exceptuando las cámaras de Apelaciones departamentales de los departamentos judiciales Zárate-Campana, Necochea y Pergamino, logrando así descongestionar la instancia superior.

A mérito de las consideraciones vertidas, es que se solicita de ese Honorable Cuerpo la pronta sanción del proyecto adjunto⁹⁵⁷.

El proyecto fue aprobado por la Cámara baja el 21 de febrero de 2008, es decir, en menos de quince días desde que cobrara estado parlamentario.

Remitido el expediente al Senado, la iniciativa tuvo en dicha sede un trámite expedito, ya que habiendo sido recibido en mesa de entradas el 25 de febrero de 2008, fue tratado y aprobado en el recinto dos días después. La agilidad de su abordaje, de todos modos, no fue óbice para que –como fuera anticipado- se incorporaran allí las importantes modificaciones relativas a la actuación de la Suprema Corte: el aumento de la *suma gravaminis* para el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en materia penal y, lo que aquí más interesa, la reforma del art. 31 bis de la ley 5827.

De las constancias de la sesión, surge que luego de ser aprobado el tratamiento del proyecto “sobre tablas”⁹⁵⁸, hicieron inmediatamente uso de la palabra en el recinto, legisladores provenientes de distintos bloques.

En cuanto a los que se oponían total o parcialmente a la iniciativa del Poder Ejecutivo receptada en la Cámara de Diputados, sus críticas se enfocaron, en general, en la discutible aptitud de la modificación del sistema de enjuiciamiento penal para

⁹⁵⁷ “Fundamentos” de la ley 13.812 (v. *on line* en: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/f-13812.html>).

⁹⁵⁸ SENADO DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, 6° sesión extraordinaria, 27 de febrero de 2008, p. 2259.

remediar la problemática de la inseguridad⁹⁵⁹, en la afectación de los principios de igualdad y seguridad jurídica que se produciría a partir de la reducción del ámbito de actuación del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires (con la consecuente atenuación de su función uniformadora)⁹⁶⁰ y en el impacto que esta última modificación podría tener en la carga de trabajo de las Cámaras de Apelación⁹⁶¹. En definitiva, en lo que interesa al presente, ninguno de los parlamentarios opositores cuestionó la modificación que se introducía al art. 31 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La única breve referencia a esta modificación se encuentra en la intervención del senador oficialista RAVALE⁹⁶², quien luego de exteriorizar los argumentos por los que se pronunciaba a favor del proyecto en su totalidad, expresó respecto de la modificación contenida en el citado art. 31 bis:

“También aparece una modificación a la Ley Orgánica Judicial de la Provincia de Buenos Aires, donde surge, en su artículo 31, lo que se denomina ‘certiorari positivo’ y ‘certiorari negativo’. Esto le va a dar a la Corte la posibilidad, en el ‘certiorari negativo’, de rechazar el recurso por considerar que ya se expidió de esa manera en una causa análoga. Es decir, lo hace porque ya tiene decisión formada al respecto y lo rechaza.

El otro tema es el ‘certiorari positivo’, por cual la Corte puede abocarse a tratar un recurso, aunque ya se haya pronunciado en un caso análogo, por considerar que la causa tiene una gravedad institucional para analizarla.

Con esto se evitará, señor presidente, lo que ya manifesté, es decir, que las causas no terminen por prescripción, y la otra posibilidad es que no se forme el ‘cuello de botella’ en la Corte, justamente por la cantidad de recursos que pueden aparecer en esta situación”.

Como puede advertirse, pese a mencionar el instituto aquí examinado, la intervención transcripta no hizo hincapié en aquello que resultaba relevante de la modificación. En efecto, al referirse al certiorari “negativo” como un instrumento que le permitiría a la Corte desestimar embates con sustento en la existencia de precedentes

⁹⁵⁹ En tal sentido pueden verse las intervenciones de los Senadores LÓPEZ VILLA y del Senador MOR ROIG (ambos por el bloque de la Coalición Cívica), en SENADO DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, cit., pp. 2259-2262 y pp. 2268-2270 respectivamente.

⁹⁶⁰ V. en tal sentido discurso del Senador HONORES (por el bloque de la Unión Cívica Radical), SENADO DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, cit., pp. 2262-2266.

⁹⁶¹ V. la citada intervención del Senador MOR ROIG, *ibíd.*, esp. pp. 2268-2269

⁹⁶² Intervención del Senador RAVALE (por el bloque del Frente para la Victoria – Partido Justicialista), v. SENADO DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, cit., pp. 2270-2273.

análogos, no se advirtió que, en realidad, el proyecto no traía innovación alguna: dicha potestad ya estaba en el texto entonces vigente del art. 31 bis de la LOPJ (según ley 12.961). Sí se reseñaba un aspecto novedoso de la reforma, al hacerse una sucinta alusión al “certiorari positivo”, que le permitiría a la Corte entender en asuntos de “gravedad institucional”, aunque no se comprende la importancia que se le asignó en dicha oportunidad a la circunstancia de que el máximo tribunal se hubiera “pronunciado en caso análogo”, aspecto que no tiene incidencia alguna en el funcionamiento de esta variante del instituto. En síntesis, el único discurso que aludió a la reforma del art. 31 bis, no penetró en los aspectos sustanciales de dicha modificación, como: i) la inclusión del nuevo estándar de la “trascendencia” y “gravedad institucional”, respectivamente, como válvulas de cierre y de apertura excepcional de los recursos extraordinarios; ii) el aumento consecuencia de la “discrecionalidad” en la selección de casos; iii) la reducción del deber de fundar las decisiones que pusieran fin a la instancia con base en dicho resorte.

Finalmente, como fuera adelantado, la votación en el Senado concluyó con la aprobación del proyecto, por más de dos tercios de los miembros presentes, con las modificaciones introducidas en su seno (especialmente, en lo que aquí interesa, con la nueva versión del art. 31 bis de la ley 5827). Pasado el mismo a la Cámara de origen, dichas enmiendas parciales fueron avaladas nuevamente “sobre tablas”, el mismo día en que fuera tratado y aprobado en el Senado⁹⁶³.

Quedaba así sancionado el texto final de la ley 13.812⁹⁶⁴.

Si tuviéramos que extraer alguna conclusión del debate parlamentario de la ley de marras en lo concerniente al ‘certiorari’ provincial, la misma sería que *el legislador no le dio demasiada importancia pública a la reforma introducida en el texto proyectado, respecto del poder de selección de causas que, a partir del mismo, se le confería a la Suprema Corte*. En efecto, ninguna indicación significativa existe en las actas de las sesiones legislativas examinadas, relativa a la nueva potestad del alto cuerpo de determinar su agenda de trabajo, decidiendo (“positiva” o “negativamente”) conocer o no en los casos sometidos a su revisión, de

⁹⁶³ El expediente PE 16/07-08 volvió a la Cámara de Diputados con las enmiendas insertadas en el Senado, el 27/02/2008, siendo tratado y aprobado sobre tablas el mismo día (los trámites completos del expediente referido pueden consultarse en: <http://www.hcdiputados-ba.gov.ar> y en <http://www.senado-ba.gov.ar>).

⁹⁶⁴ La ley 13.812 fue promulgada por el PE provincial mediante Decreto 493/08 (del 18 de marzo de ese año) y publicada en el B.O.P. el 21 de abril del 2008.

acuerdo al estándar de la “trascendencia”. De este modo, *la más intensa mutación contenida en esta materia por la ley 13.812* (consistente precisamente en la adopción de un modelo de competencia recursiva extraordinaria “discrecional”), *pasaba a formar parte del derecho positivo provincial sin mayores observaciones en el recinto* por parte de los integrantes del parlamento.

Una vez más, como sucediera en la órbita federal con la sanción del art. 280 del CPCN, la aprobación de esta clase de instrumentos y la consecuente modificación radical del modelo de casación, quedaba incluida en una ley comprensiva de temas políticamente más “sensibles”. Así como en 1990, el debate sobre la inclusión del ‘certiorari’ en el ámbito federal quedaba empañado por la perplejidad que generaba la abrupta modificación del número de jueces de la Corte Suprema de la Nación; en 2008, en la Provincia de Buenos Aires, el interés por la reforma del art. 31 bis quedaba opacado frente a la compleja problemática de la inseguridad y la siempre renovada cuestión de la duración indebida del proceso penal.

7) Una reforma estructural relevante. La supresión de la Secretaría de Actuación de la SCBA. Impacto en la dinámica del ‘certiorari’ local.

Previo a ingresar al estudio dogmático del art. 31 bis de la ley 5827, interesa que nos refiramos brevemente a una reforma estructural de la Corte, que ha tenido un impacto significativo en la dinámica del instituto estudiado. Se trata de la supresión de la Secretaría de Actuación de la SCBA, modificación organizacional que merece ser incluida en esta reseña de los antecedentes del ‘certiorari’ local, por más que no se trate –como hasta ahora venimos viendo– de las iniciativas legislativas que precedieron a la institución.

La Secretaría de Actuación era una histórica repartición de la Corte, destinada fundamentalmente –en lo que aquí interesa– al asesoramiento en el estudio de la admisibilidad de cada uno de los recursos extraordinarios deducidos ante el máximo tribunal bonaerense. Hasta su supresión, todo recurso extraordinario iniciaba su trámite interno en esta sede, a través dicha oficina, sin importar la materia respectiva (vg., civil, comercial, laboral, penal, contencioso administrativo). Si el caso no cumplía alguno de dichos recaudos adjetivos (vg., legitimación, plazo, sentencia definitiva, valor del litigio, depósito previo), la Corte dictaba una resolución con forma de interlocutoria que ponía

fin a la instancia recursiva. Si, por el contrario, la causa superaba ese examen de admisibilidad, los autos continuaban su circulación interna ante cada una de las secretarías jurisdiccionales pertinentes, según la rama del derecho involucrada (Secretarías Civil y Comercial, Penal, Laboral, Contencioso Administrativo). Estas últimas, en prieta síntesis, terminaban asesorando a la Corte en el examen de fondo de los recursos deducidos ante sus estrados.

En el año 2009, como fuera anticipado, la Secretaría de Actuación fue suprimida⁹⁶⁵. A partir de ese momento, cada una de las restantes secretarías jurisdiccionales (civil, penal, etc.), asumió las funciones que hasta el momento desempeñaba aquella, respecto de las causas propias de su ámbito material de actuación. Con lo que, en definitiva, dejó de existir una repartición concentrada de asesoramiento sobre temas de admisibilidad y cada secretaría jurisdiccional pasó a cumplir dicha función. Cada asunto tramita a partir de allí ante una secretaría determinada, desde su inicio hasta su resolución final⁹⁶⁶, por lo que dichas reparticiones asesoran a la Corte tanto sobre los aspectos de admisibilidad, como sobre el mérito (o fundabilidad) de las impugnaciones propias de su especialidad.

Como fuera anticipado, dicha reforma estructural ha tenido impacto en la dinámica de actuación del ‘certiorari’ local, advirtiéndose progresivamente, a partir de ese momento, un incremento en el uso de la herramienta de marras.

Dicho fenómeno puede explicarse, entre otras razones, por la nota de facilitación que produce la aludida modificación organizacional, en la aplicación del art. 31 bis. Es que los estándares previstos en esta norma para aplicar el dispositivo bajo estudio, imponen penetrar más allá de las meras barreras formales (vg., plazo, definitividad, *suma gravaminis*, etc.), haciendo en muchos casos un estudio anticipado de fundabilidad del recurso. Así, por ejemplo, para analizar si un recurso está suficientemente fundado (vg., si ataca la totalidad de los pilares argumentales del decisorio inferior, etc.), si la cuestión

⁹⁶⁵ V. SCBA, Acuerdo 3455, del 9-IX-2009 y Res. de Presidencia 17/09, del 2-X-2009. Los fundamentos del acuerdo citado hacen expresa mención a la necesidad de “adecuar las estructuras y trámites de este Tribunal para optimizar su funcionamiento” y para “la mejora de la prestación del servicio de administración de justicia”.

⁹⁶⁶ En tal sentido, el art. 2 de la citada Res. Pres. 17/09 dispuso que: “desde [el 15 de octubre de 2009] –inclusive-, los asuntos referentes a las materias laboral, civil y comercial, penal y contencioso administrativo ingresarán a cada una de las Secretarías, según se trate y en función de las modificaciones introducidas por el Acuerdo 3455 (conf. art.161 inc. 3º Const. Pcial)”.

ha sido resuelta en casos análogos o si resulta insustancial (en el sentido que veremos más adelante –v. *infra*, par. IV, ap. 4-), es necesario ponderar aspectos del caso que van más allá del examen de recaudos meramente formales. Por ende, las secretarías jurisdiccionales de la Corte, que históricamente se han dedicado al asesoramiento para la resolución del mérito de las controversias, se encuentran en mejores condiciones de operar con un resorte que –como fuera anticipado- demanda de dicha experiencia para su aplicación concreta.

En síntesis, la supresión de la histórica Secretaría de Actuación de la Corte facilitó la reorganización de los trámites internos de la SCBA, colocando a una sóla estructura de asesoramiento a cargo de cada uno de los casos llevados a sus estrados. De este modo, las secretarías jurisdiccionales subsistentes (civil, penal, laboral y contencioso-administrativo), asisten a la Corte: i) en el estudio inicial de cumplimiento de los recaudos formales de admisión tradicionales (legitimación, plazo, sentencia definitiva, *suma gravaminis*, depósito previo, etc.); ii) en el examen de aplicación de algunas de las variantes de actuación del ‘certiorari’ (art. 31 bis, ley 5827); y, finalmente, iii) en el mérito de la contienda. Dicha concentración facilita el uso de la herramienta analizada, que –como veremos con más detenimiento al analizar sus causales de procedencia (*infra*, par. IV, ap. 4)- combina aspectos de admisibilidad (por ejemplo, a través de la evaluación de la ausencia de “requisitos esenciales” de la impugnación), con temas asociados a la idoneidad técnica y fundabilidad del embate (vg., aplicando las causales de insuficiencia, insustancialidad o resolución de casos análogos).

IV. DOGMÁTICA DEL ‘CERTIORARI’ LOCAL. ANÁLISIS DEL ART. 31 BIS DE LA LEY 5827. CAUSALES O MOTIVOS QUE HABILITAN SU APLICACIÓN.

Dedicaremos este párrafo al estudio dogmático del art. 31 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción vigente. Comenzaremos por su ubicación sistemática, para luego desentrañar los principales aspectos que surgen de su contenido.

1) El texto vigente. Ubicación sistemática.

Dispone el actual art. 31 bis de la ley 5827 (conf. ley 13.812):

“Artículo 31 bis: En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que los recursos extraordinarios de nulidad, de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, no reúnen los requisitos esenciales, que han sido insuficientemente fundados, que plantean agravios desestimados por el mismo tribunal en otros casos análogos, o que la cuestión que someten a su conocimiento es insustancial o carece de trascendencia, podrá rechazarlos con la sola invocación de la presente norma y la referencia a cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas.

En el caso de queja o recurso de hecho por denegación de cualquiera de los referidos recursos extraordinarios, la Suprema Corte de Justicia podrá rechazarlos con acuerdo a lo dispuesto en el apartado anterior.

La Suprema Corte de Justicia podrá hacer lugar a los recursos extraordinarios de nulidad, de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, cuando hubiese estimado otros recursos en casos sustancialmente análogos. En tal supuesto se considerará suficiente fundamento la referencia a los precedentes aplicados y la cita del presente texto legal.

Con carácter excepcional, la Suprema Corte de Justicia podrá dar trámite a los recursos de inaplicabilidad de ley que no superasen las limitaciones legales fijadas en razón del valor del litigio o la cuantía de la pena, si según su sana discreción mediare gravedad institucional o un notorio interés público, o bien si considerare indispensable establecer doctrina legal, siempre que se tratase de dirimir cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable y el recurrente hubiese formulado adecuado planteo en tal sentido”.

El principal elemento a tener en cuenta es la ubicación del instrumento examinado dentro de las atribuciones de la Suprema Corte reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Con sentido práctico, desde sus inicios (ley 12.961), el legislador no incluyó al precepto en cuestión dentro de alguno o algunos de los Códigos Procesales (CPCC, CPP, CCA, Ley 11.653 de Procedimiento Laboral), uniformando así para el futuro, mientras se mantenga este criterio, las previsiones fundamentales dedicadas al instituto (especialmente, sus alcances y condiciones de aplicación).

Se trata de una sistemática diversa a la seguida en otros regímenes, como por ejemplo, en el ordenamiento adjetivo nacional (art. 280, CPCN) o en países como Brasil (art. 543-A § 1º, CPC) y Francia (en el que el llamado “filtro” está regulado, aunque con escasas variantes, en el ordenamiento procesal civil, en el penal y en el régimen adjetivo de la jurisdicción administrativa, v. *supra* capítulo tercero, par. VI, ap. 5.2).

Cierto es que podría debatirse si la materia en cuestión tiene más que ver con un tópico procedimental (propio de los códigos procesales) o con la organización y

atribuciones de la Suprema Corte (atínente a la LOPJ). Sin embargo, mantener la previsiones relativas al ‘certiorari’ en un cuerpo normativo único, permite tendencialmente evitar que reformas parciales de las distintas leyes de enjuiciamiento, terminen haciendo perder uniformidad y coherencia al instituto. Es positivo, por ello, que toda reforma en la materia se piense específicamente contemplando las finalidades propias de la casación y del funcionamiento de la Suprema Corte, por más que las particularidades de cada materia puedan incidir en el manejo que dicho tribunal haga de las categorías allí aludidas (por ejemplo, la valoración de la “trascendencia” de una cuestión dependiendo del tipo de derecho involucrado).

2) Oportunidad para su ejercicio. ‘Quid’ de la preclusión.

2.1) Generalidades

De acuerdo con lo normado por el art. 31 bis de la ley 5827, el rechazo de los recursos extraordinarios, decidido de conformidad con la potestad allí prevista, puede tener lugar “en cualquier estado de su tramitación”.

Lo que ha buscado el legislador al brindar semejante amplitud a la Corte en cuanto a la oportunidad en la que puede ejercitar las atribuciones que le confiere la norma, es reducir los pasos ordinarios establecidos en el código adjetivo para llegar a la resolución final del pleito (vg., vista al Procurador General, “providencia de autos” –art. 283, CPCC- presentación de memorias de las partes, etc.).

Como ha sido explicado, el trámite de los recursos extraordinarios locales comienza con su interposición ante el *a quo* y culmina con la notificación de la sentencia que los resuelve. Obvio es advertir, sin embargo, que hay dos fases de dicho íter, en las cuales no podría tener lugar la aplicación del ‘certiorari’. La primera de ellas es la que transcurre ante el tribunal inferior (interposición, concesión y remisión de la causa al *ad quem*), ya que la atribución prevista en el art. 31 bis de la ley 5827 sólo corresponde a la SCBA. La segunda etapa de la tramitación del recurso en la que indudablemente carece de virtualidad la herramienta examinada, es la de cierre, es decir, la que se desarrolla con posterioridad a la resolución definitiva de la impugnación (hasta su notificación). En síntesis, es claro que el ejercicio de la potestad en cuestión no puede tener lugar mientras la causa no haya transitado la etapa liminar ante el *a quo* ni después de haberse decidido finalmente la suerte del embate.

2.2) *‘Quid’ de la preclusión en la aplicación del ‘certiorari’.*

Un problema a dirimir en cuanto a la oportunidad en la que puede ser aplicado el instituto *sub examine*, es el concerniente a la preclusión operada frente a decisiones por las que la Suprema Corte decide la admisión de los recursos extraordinarios. El interrogante a responder sería el siguiente: cuando la Corte decide la admisión de un embate (vg., al acoger una queja por indebida desestimación del recurso por el *a quo* en los términos del art. 292 del CPCBA), sin aplicar el art. 31 bis de la ley 5827 ¿puede luego desecharlos por aplicación de dicho precepto?

Una primera respuesta, surgida de una lectura algo simplificada de la norma de marras, sería afirmativa: dado que, según la misma, el máximo tribunal puede pronunciarse “en cualquier estado del trámite” por el rechazo del recurso, el dispositivo podría ser aplicado tanto en la fase liminar, como con posterioridad a su admisión y hasta el dictado de la sentencia definitiva. Sin embargo, la solución no es tan lineal, ya que tal entendimiento omite el problema de la preclusión en el análisis de admisión de los recursos extraordinarios.

Ya hemos visto que las reglas de trámite de la casación civil bonaerense (*lato sensu*), no contemplan, por regla, la necesidad de que la Corte se pronuncie de modo expreso sobre la admisibilidad de la impugnación (v. *supra*, par. II, ap. 3). En efecto, cuando un recurso ha sido concedido por el *a quo* y el expediente es elevado ante la SCBA, ésta concreta un estudio de admisibilidad que muchas veces permanece “invisible” ya que, de ser superado, ningún rastro dejará en el expediente: la Corte no habrá decidido nada sobre el punto. En otras palabras: por razones de eficiencia, el superior tribunal bonaerense examina de oficio y liminarmente, si los embates llevados a su sede fueron bien concedidos por el inferior, pero sólo adoptará una solución expresa sobre el punto si dicho test da resultado negativo: en tal caso, el recurso es desestimado expresamente por resolución interlocutoria.

Sí, por el contrario, no se advierten reparos liminares a la admisión del embate, el Presidente dicta la providencia de autos (art. 284, CPCBA), quedando la causa en estado de recibir las memorias y ser resuelto definitivamente. En esta habitual hipótesis, ningún problema existe respecto de la preclusión, ya que –como fuera anticipado– formalmente, la Corte no ha adoptado decisión alguna sobre la admisibilidad del

recurso: sólo ha ocurrido que su Presidente ha impulsado la prosecución de las actuaciones a través de una providencia simple. Es por ello que el máximo tribunal ha señalado inveteradamente que la providencia de autos (art. 284, CPCC) no le impide, al resolver la causa, examinar nuevamente si se han cumplido los requisitos de admisibilidad⁹⁶⁷.

En realidad el verdadero conflicto entre lo previsto en el art. 31 bis de la LOPJ (que establece que “en cualquier estado del trámite” puede acudir a dicho dispositivo para desestimar un embate) y el principio de preclusión procesal, se produce en los casos en que la Corte, al arribar la causa a sus estrados, se expide expresa y positivamente sobre la admisibilidad del recurso extraordinario. El supuesto más habitual en el que ello sucede, es el del acogimiento del recurso de queja, en los términos del art. 292 del CPCC. Cuando el *a quo* declara inadmisibile el recurso extraordinario y la SCBA, mediante recurso directo de parte, deja sin efecto dicha decisión, debe examinar la presencia de todos los recaudos de admisibilidad y no sólo aquél por el que fuera decretada la inadmisión. Así, por ejemplo, si la desestimación por el inferior se hubiera basado en la ausencia de sentencia definitiva y la Corte considerase que el quejoso tiene razón al entender que decisorio atacado cumple con dicha condición, debe inmediatamente verificar si los restantes presupuestos adjetivos también están cumplidos (vg., el plazo, la *suma gravaminis*, etc.). Por ello, al hacer lugar a la queja, la Corte, por imperativo legal (art. 292, CPCC), se está pronunciando afirmativamente y de modo expreso respecto de la totalidad de los recaudos de admisión del recurso extraordinario⁹⁶⁸.

Retomemos entonces la línea del interrogante inicial. La decisión que se pronuncia afirmativamente sobre la existencia de los recaudos de admisibilidad del

⁹⁶⁷ “El llamamiento de autos para sentencia no le impide a la Suprema Corte -al resolver la causa- examinar nuevamente si se han cumplido los requisitos de admisibilidad, porque debe evitar, mediante la rigurosidad en el control de las formas impuestas por el art. 278 del Cod. de rito y normas afines, que se desvirtúe el sendero extraordinario de la casación. Y al respecto no es posible considerar que la facultad de examen ha precluido con aquella providencia, porque no es nada más que una providencia de trámite y porque recién en sentencia el tribunal hace pleno uso del derecho de examinar la admisibilidad” (SCBA, causas 85.169, “Vitale”, sent. del 8-IX-2004; Ac 85172, “Compañía Financiera Argentina S.A.”, sent. del 5-IV-2006; Ac. 93.957, “Banco de la provincia de Buenos Aires”, sent. del 5-IV-2006; C. 94.551, “Meine Terra”, sent. del 11-III-2009, entre otras).

⁹⁶⁸ La fórmula de estilo con la que la Suprema Corte concluye las resoluciones que acogen el recurso de queja, confirma el aserto del texto. Así, en el cierre de dichas resoluciones, luego de verificar el yerro del *a quo* (considerando que el requisito por el que el embate fue rechazado, en realidad estaba cumplido), se lee usualmente: “...encontrándose reunidos los restantes requisitos de admisibilidad del remedio incoado, se hace lugar a la queja traída y se concede el recurso deducido (art. 292 cit. y Acordada 1790)”.

recurso extraordinario ¿importa consumir el ejercicio de la potestad de análisis del cumplimiento de las condiciones formales que abran la competencia revisora del superior tribunal) con la consecuente prohibición de toda vuelta atrás en la materia? Y en caso afirmativo: ¿que incidencia tiene tal definición respecto de la oportunidad para para el ejercicio de la atribución conferida en el art. 31 bis de la LOPJ?

En cuanto al primer aspecto, entendemos que la respuesta al interrogante de marras debe ser afirmativa. Cuando la Corte, a través de una resolución jurisdiccional (que, pese a no ser definitiva, importa un *pronunciamiento expreso del tribunal* sobre la admisibilidad de un recurso extraordinario⁹⁶⁹), hace lugar al recurso de queja y lo declara mal denegado, *consume* el ejercicio de su innegable potestad de examinar (como “juez final del recurso”⁹⁷⁰), el cumplimiento de las condiciones formales para abrir su competencia casatoria. Tal consumación constituye una de las más tradicionales variantes en las que se pone en juego el sistema de preclusión procesal⁹⁷¹, por lo que no sería posible que, en el futuro, se revise lo ya decidido sobre el punto⁹⁷². Debe aclararse,

⁹⁶⁹ Nótese la ostensible diferencia entre esta hipótesis y el mero dictado de la providencia de autos (art. 284 del CPCC), que, como fuera anticipado: a) es un despacho del Presidente (no de la Corte en pleno); y b) no se expide expresamente sobre la admisibilidad del recurso.

⁹⁷⁰ La SCBA ha utilizado expresión entrecomillada en el texto, fórmula tradicional en la literatura relativa a los medios de impugnación, para referirse al poder de los tribunales de alzada (*lato sensu*) de revisar la admisibilidad de los recursos llevados a su sede, con independencia del control liminar del *a quo* o de lo convenido por las partes (v., entre otras, SCBA, causas Ac. 44.745, “Banco Comercial de Tandil”, sent. del 5-XI-1991; Ac. 85.958, “M., J.”, res. del 12-II-2003; C. 89.863, “Bunge”, sent. del 28-V-2008; C. 102.827, “Argentini de Caniglia”, sent. del 14-IX-2011, etc.).

⁹⁷¹ V. COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 3º ed., 1958, 17º reimpresión: 1993, pp. 194-199; PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, t. I, pp. 278-281; EISNER, Isidoro, “En torno a la preclusión por consumación”, en *Planteos Procesales*, La Ley, Bs. As., 1984, p. 90; PEYRANO, Jorge W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Astrea, 1978, p. 271; FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal*, ob. cit., t. I, p. 519.

La Suprema Corte ha reconocido expresamente dicha variante de preclusión tanto en el proceso civil como en el penal, sea para impedirle a las partes reeditar o ampliar una facultad ya consumada (Ac. 93.416, “L., C.”, del 4-VI-2008; Ac. 95.786, “C., M.”, del 13-VIII-2008), como para prohibir al juzgador la reapertura de una etapa procesal extinguida por consumación (L. 88.443, sent. del 22-VIII-2007).

⁹⁷² Sin perjuicio del debate jurisprudencial al que se hará referencia en la siguiente nota, puede recordarse inicialmente la postura sentada en el voto concurrente de los Dres. BELLUSCIO y PETRACCHI en la causa “García” (CSJN, “García, Antonio”, “Fallos” 308:2044 [1986]), sustancialmente concordante con la que desarrollamos en el texto. En el citado precedente, la Cámara había rechazado la apelación advirtiendo, al momento de dictar sentencia definitiva, que los apelantes (escribanos) carecían de un interés directo en la controversia, ya que se trataba –a su juicio– de meras prerrogativas de carácter difuso, que los privaba de tutela jurisdiccional. Para justificar la revocación de lo decidido, los citados Ministros del alto cuerpo hicieron hincapié en el hecho que –como anterioridad a dicha decisión– la Alzada había tenido oportunidad de examinar la legitimación de los apelantes, dado que la causa había llegado a sus estrados por vía de queja, lo que implicaba que, en su momento, aquélla había adoptado una decisión expresa admitiendo la apelación, de la cual no podía volverse atrás sin conculcación de los principios de preclusión y progresividad. Así se lo explica con claridad en el voto traído a colación:

“Si en la oportunidad procesal útil para decidir el punto, la Cámara se pronunció derechamente por la admisibilidad del recurso de apelación y no formuló objeción sobre la legitimación procesal de los

sin embargo, que, en los últimos tiempos, la SCBA se ha apartado en ciertas oportunidades de tales pautas⁹⁷³. No debe ocultarse, de todos modos, que, desde otro atalaya, la preclusión así operada coloca a la decisión en posible conflicto con la garantía del debido proceso, dado que el trámite establecido en la Provincia de Buenos Aires para el recurso de queja (al igual que lo que sucede con el recurso extraordinario en general), no contempla la posibilidad de que la parte recurrida (beneficiada por la

recurrentes, al adoptar -con motivo del pronunciamiento acerca de su fundabilidad- un temperamento opuesto y declarar la improcedencia del recurso por tal causa, desbarató una situación procesal ya consolidada al amparo de la preclusión, en desmedro del derecho de defensa de los justiciables que vieron clausurada la posibilidad de obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión planteada” (CSJN, causa cit., voto de los Dres. BELLUSCIO y PETRACCHI, consid. 5°).

⁹⁷³ Si bien la visión que hace mérito de la regla de preclusión por consumación en esta materia, impera implícitamente en la actuación de la Corte, que por lo general no revisa una vez más las condiciones de admisibilidad del recurso al momento de dictar la sentencia definitiva, cuando ya se pronunció expresamente sobre aquéllas (vg., en oportunidad de la queja llevada a su sede, conf. art. 292, CPCBA), pueden encontrarse algunas excepciones en la jurisprudencia del alto cuerpo.

Una de las hipótesis de reexamen más frecuente se da por modificación de las circunstancias oportunamente valoradas, como ocurre con la desaparición del interés para recurrir durante el curso de las actuaciones ante dicha sede (lo que transforma a la causa en abstracta e impide todo pronunciamiento sobre el tópico fondal (v. SCBA, Ac. 58.884, res. del 5-XII-1995, entre otras) o, cuando se deja sin efecto la exención del depósito previo del art. 280 del CPC (inicialmente justificada en la existencia del beneficio de litigar sin gastos en trámite), por el hecho de que dicha licencia fuera sobrevinientemente revocada por la Cámara (v. SCBA causa Rc. 95.212, res. del 3-XI-2010). En estos casos la reedición del análisis de admisibilidad no afecta directamente el sistema de preclusión, ya que la nueva decisión proviene de una alteración sobreviniente de los elementos tenidos en cuenta al admitir el embate.

Un ejemplo de mayor gravedad, que pone en crisis la existencia misma del principio de preclusión en materia de admisibilidad, puede encontrarse en la causa P. 89.857, "L., R. P.", sent. del 5-VII-2006, en la que la Corte, pese a la resolución oportunamente dictada en los términos del art. 486 del CPPBA (es decir, la decisión de admitir el embate entablado directamente ante sus estrados por encontrarse reunidas las condiciones pertinentes), volvió sobre sus pasos al momento de dictar sentencia definitiva, sin que se tratara de una hipótesis de modificación de las circunstancias oportunamente valoradas. Lo expresó de este modo:

“[N]o obstante que esta Corte, en oportunidad de efectuar el examen de admisibilidad previsto en el art. 486 del rito, admitió el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, un análisis *ex novo* de la cuestión me persuade sobre la incorrecta concesión del remedio extraordinario. Antes una aclaración. En el presente estadio procesal del fallo de la causa para definitiva (art. 488, C.P.P.), este Tribunal Superior reunido en Acuerdo ejerce su genuina competencia revisora con la suficiente amplitud como para volver a escrutar -por caso- la naturaleza de la decisión impugnada, asegurando, así, que reúna la capacidad para aplicar en el limitado catálogo de pronunciamientos plausibles de revisión extraordinaria” (SCBA, causa cit., voto del Dr. SORIA, adoptado sin disidencias por sus colegas; como precedente se cita en dicho fallo el criterio P. 88.390, sent. del 22-XII-2004, en el que se había decidido dejar sin efecto parcialmente el auto de concesión de un recurso extraordinario, al no haberse advertido la ausencia de interés de las partes a las que el fallo atacado no había alcanzado).

La amplitud del criterio exteriorizado en el citado caso P. 89.857, "L., R.P", termina invirtiendo la regla explicada en el texto. En efecto, de seguirse tal línea de razonamiento, en materia de admisibilidad no habría preclusión por consumación, ya que, por más que la Corte se hubiera pronunciado anteriormente en la misma causa por la admisibilidad del embate, podría posteriormente disponer lo contrario, por el sólo hecho de que al momento de dictar sentencia definitiva la Corte se reúne en Acuerdo y no se expide mediante resolución interlocutoria. Por las razones exteriorizadas en el texto, no compartimos la posición así exteriorizada, a lo que agregamos aquí que -según entendemos- la distinta forma de las resoluciones respectivas (interlocutoria o definitiva) no debería incidir en la estimación de la existencia de preclusión, ya que en ambos casos se produce la condición necesaria para aplicar dicho postulado y dar por extinguida la potestad del judicante: la resolución expresa del cuerpo sobre el tema.

declaración de inadmisibilidad del recurso de la contraria), sea escuchada previo a que la Corte se pronuncie sobre el punto⁹⁷⁴. Por lo que, como dicha decisión del máximo tribunal, al consumir el ejercicio del poder decisorio de la Corte sobre la admisibilidad del recurso, no puede –por regla- ser revisada por ella misma, termina cerrando prematuramente la discusión sobre un punto relevante del litigio, debilitando las potestades defensivas de la parte recurrida sobre un tema a decidir (la admisibilidad del recurso). Más aun cuando el examen de admisibilidad se torna cada vez más complejo, lo que potencia la necesidad de escuchar a los interesados para medir adecuadamente la presencia de conceptos de especial indeterminación, como la irreparabilidad del gravamen (para valorar la definitividad de la sentencia), la ausencia inculpable de medios económicos para afrontar el depósito previo en sede laboral, etc. En diversas parcelas de esta investigación se hace referencia a este problema, que debería ser corregido por el legislador, lugares a los que remitimos (v. *infra*, ap. 2.3; v. asimismo la propuesta de modificación del trámite de los recursos extraordinarios locales en esta materia: *infra*, par. VI, ap. a)).

El segundo de los aspectos analizados es el que nos acerca finalmente a una línea de solución para el problema planteado. Hemos explicado la incidencia del principio de preclusión en este ámbito, que impide a la Corte revisar una decisión expresa y positiva por la que se admitiera un recurso. Ahora bien, ¿tal límite importa una excepción a la regla del art. 31 bis de LOPJ que permite a la SCBA rechazar los recursos extraordinarios en cualquier etapa del trámite?

Siguiendo los desarrollos precedentes, consideramos que la respuesta a esta pregunta demanda *distinguir las diversas causales* por las que dicho dispositivo puede ser aplicado, para verificar si las mismas recaen o no sobre condiciones de admisibilidad del recurso, tema al que nos hemos abocado en el párrafo anterior.

En caso que la desestimación se pretenda sustentar en la ausencia de dichos recaudos, la Corte estaría impedida de aplicar el ‘certiorari’ local cuando hubiera admitido expresamente el embate con anterioridad, en virtud del explicado efecto preclusivo. Si, por el contrario, el motivo por el que se advirtiera la posibilidad de rechazo en los términos del el art. 31 bis de la ley 5827, se basara en aspectos ajenos a

⁹⁷⁴ El art. 292, anteuúltimo párrafo, del CPCBA dispone: “Presentada la queja la Corte decidirá, dentro de los cinco días y *sin sustanciación alguna*, si el recurso ha sido bien o mal denegado o declarado desierto”.

las referidas falencias formales, no habría inconvenientes para la aplicación del precepto de marras en cualquier etapa del trámite, dado que el pronunciamiento previo sobre la admisión no extinguiría la posibilidad de detectar otras circunstancias que pueden llevar al rechazo de un recurso.

En tal sentido, la primera hipótesis (en la que juega el principio de preclusión) se daría típicamente en el caso que la Corte advierta que la impugnación “no reúne los requisitos esenciales” (de admisibilidad). Mientras que la segunda situación (en la que no incide la regla de la consumación, ya que el ‘certiorari negativo’ se impone con base en razones ajenas al análisis de admisibilidad tradicionalmente encarado en esta fase del trámite), se daría más frecuentemente en los casos de recursos “insuficientemente fundados”, portadores de temas “resueltos en casos análogos” o “insustanciales”⁹⁷⁵.

Respecto de la causal de “intrascendencia”, la solución a adoptar dependerá naturalmente de la definición a la que se llegue en torno a la naturaleza de dicha condición del embate. Si se considerara que la reforma de la ley 13.812 ha establecido un nuevo recaudo de admisibilidad del recurso extraordinario (v. el debate sobre el punto *infra*, ap. 5), entonces el rechazo por intrascendencia quedaría enmarcado en el primer grupo de los aludidos en el texto, equiparándose así, en cuanto a los límites temporales para la desestimación, a la hipótesis de ausencia de “requisitos esenciales” (es decir, que la Corte no podría revisar la decisión de admitir el recurso, en la medida en que tal resolución haya sido expresa). Es decir, que –por ejemplo- cuando la Corte afirmara, al hacer lugar a una queja, que “se encuentran reunidos los restantes recaudos de admisibilidad del recurso (conf. art. 292, CPC)”, estaría señalando que las cuestiones son trascendentes o que, pese a no serlo, existen razones suficientes para admitir el embate según su sana discreción (v. *infra*, ap. 4.7). Si, por el contrario, se entendiera que el texto vigente no ha transformado a la relevancia del asunto en una condición de admisibilidad de la impugnación, el rechazo por intrascendencia entraría dentro del

⁹⁷⁵ La jurisprudencia de la SCBA valida esta hermenéutica. Aunque sin enfrentarse explícitamente al problema mencionado en el texto, la Corte ha hecho uso del art. 31 bis para desestimar recursos insuficientemente fundados, cuando previamente había acogido el recurso de queja (declarando por ende mal denegado el embate por el *a quo*). V., en tal sentido, SCBA L. 115.707, “Sindicato de Trabajadores Perfumistas”, res. del 30-V-2012, en la que la Corte, a casi seis meses del acogimiento del recurso directo (art. 292, CPC, v. SCBA, causa cit., res. del 21-XII-2011), desestimó el recurso extraordinario por considerarlo “manifiestamente insuficiente” (en similar sentido: v. SCBA C. 111.104, “Dorao”, res. del 30-V-2012). Lo que indica, al menos implícitamente, que la Corte no considera consumada la posibilidad de aplicar el ‘certiorari’ en estos casos, por el hecho de haber podido ejercer dicha prerrogativa al examinar la procedencia de la queja.

segundo grupo. En consecuencia, si se siguiera este último lineamiento, no se podría predicar que la admisión del embate hace precluir la posibilidad de aplicar el filtro de trascendencia.

Hemos tocado esta cuestión al referirnos al recaudo de la trascendencia en el ámbito federal (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 4) y volveremos sobre ella más adelante, al explicar la naturaleza jurídica de las causales contempladas en el art. 31 bis de la ley 5827 (v. *infra*, ap. 5). Basta aquí con adelantar nuestra opinión en el sentido que el recaudo de trascendencia constituye una condición de admisibilidad del recurso extraordinario, si bien la misma puede ser discrecionalmente exceptuada en ciertos casos según los criterios que luego serán analizados. Por lo que, en lo que concierne a este punto, nos enrolamos entre los que consideran que la referencia expresa por parte de la Corte en el sentido que “se hallan reunidos en el caso las condiciones de admisión del recurso extraordinario”, tiene efectos de preclusión para el futuro, por lo que, frente a una decisión de ese tipo, la Corte no podría sobrevinientemente aplicar el art. 31 bis de la LOPJ para declarar que las cuestiones debatidas son intrascendentes. Sí en cambio podrá ser utilizado el dispositivo de marras frente a motivos que no estén referidos a condiciones de admisibilidad del embate (como, por ejemplo, la presencia de temas resueltos en casos análogos).

Sin embargo, mientras subsistan las reglas actuales de trámite que impiden a la parte recurrida ser oída antes de la resolución del recurso de queja, dicho efecto preclusivo no puede ser aplicado automáticamente para desestimar las objeciones que aquella oponga a la admisibilidad del recurso extraordinario. Ello así, en virtud de la explicada necesidad constitucional de armonizar dicha particularidad del procedimiento ante la Corte bonaerense, con el principio de contradicción o bilateralidad (art. 18, Const. Nac.). De este modo, si bien la decisión explícita y positiva de la Corte sobre la admisibilidad de un recurso provoca la preclusión de la potestad de evaluar en el futuro las restantes condiciones admisión (como la “trascendencia “o la presencia de “requisitos esenciales” del embate), dicha solución no debe regir para los casos en que la recurrida, al contestar la memoria prevista en el art. 284 del CPCBA, oponga reparos a la admisibilidad de la impugnación. En tales casos, dichas objeciones deben ser tratadas por la Corte y, en su caso, permitir la revisión de la decisión aludida.

2.3) Otro límite temporal para la aplicación del art. 31 bis de la LOPJ. El acogimiento del recurso en casos “sustancialmente análogos”. Necesidad de respetar el principio de bilateralidad o contradicción.

Un nuevo reparo debe formularse a la expresión “en cualquier estado del trámite”, aunque esta vez referido solamente a uno de los motivos por los que la norma examinada habilita al máximo tribunal a hacer uso de este mecanismo decisorio simplificado. Nos referimos al caso de *acogimiento* del recurso extraordinario deducido, por haber sido el tema resuelto en casos análogos (art. 31 bis, 3º párrafo, ley 5827⁹⁷⁶).

Si bien el precepto no hace distinción, una lectura que armonice su texto con la garantía del debido proceso (especialmente con uno de sus más elementales derivados, como es el principio de contradicción) impone concluir que *la SCBA no puede hacer lugar a un recurso y revocar una decisión favorable a la parte recurrida, sin haberle antes dado a ésta la oportunidad de ser escuchada*. De otro modo, se contrariaría una de las más elementales derivaciones de la garantía establecida en los art. 18 de la Const. Nacional y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: que nadie puede ser privado de un derecho (en este caso: el reconocido en la sentencia, atacada por la contraparte), sin brindársele una razonable ocasión de ser oída.

Razón por la cual, aun cuando la Corte considere que el tema *sub judice* hubiera sido reiteradamente resuelto por ella en el sentido reclamado por el quejoso, de todos modos debe sustanciar el embate y oír a la contraria antes de resolver de dicho modo⁹⁷⁷.

Más adelante procuraremos demostrar la conveniencia de modificar el trámite de los recursos extraordinarios locales, anticipando la oportunidad en la que la parte recurrida es llamada a participar en esta instancia, para ubicarla –como ocurre en el recurso extraordinario federal- inmediatamente después de la interposición del embate

⁹⁷⁶ Art. 31 bis, 3º párrafo, ley 5827 (texto según ley 13.812): “[...] La Suprema Corte de Justicia podrá hacer lugar a los recursos extraordinarios de nulidad, de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, cuando hubiese estimado otros recursos en casos sustancialmente análogos. En tal supuesto se considerará suficiente fundamento la referencia a los precedentes aplicados y la cita del presente texto legal”.

⁹⁷⁷ Como fuera enfatizado al estudiar el derecho comparado (especialmente al indagar en la experiencia de la casación francesa), la Corte Europea de Derechos Humanos tiene una rica jurisprudencia relativa a la incidencia del principio de contradicción en el trámite de esta clase de recursos. Especialmente, la vigencia de dicho postulado como límite a la definición de cuestiones “relevantes de oficio” por parte de la Corte de Casación (v. Corte EDH, caso *Skondrianos et autres c. Grèce*, n° 63000/00, 74291/01 y 74292/01, sent. del 18 de diciembre de 2003, § 30; *íd.*, 3º sección, caso *Clinique des Acacias et autres c. France*, Requête n°s 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01, sent. del 13 de octubre de 2005; *íd.*, 3º sección, Caso *Kök c. Turquie*, Requête n° 1855/02, sent. del 19 octubre 2006, §45; *íd.*, 4º sección, casos *Aksoy (Eroğlu) c. Turquie*, requête n° 59741/00 y *Güner çorum c. Turquie*, requête n° 59739/00, ambos con sent. del 31 de octubre de 2006). Remitimos a lo expresado *supra*, cap. tercero, par. VI, aps. 3.2 y 5.2.d).

en cuestión (y no, como ocurre en la actualidad, luego del dictado de la providencia de autos, arts. 283 y 284, CPCBA). Remitimos a dicha fase de la investigación, para evitar reiteraciones superfluas (*infra*, par. VI, ap. 2.2.a). Baste aquí simplemente con destacar que, para las hipótesis en las que la aplicación del ‘certiorari’ culmine con la revocación de la sentencia en crisis, el problema puede ser resuelto, aun en ausencia de reforma legislativa, dando oportunidad a la parte recurrida de ser escuchada antes de adoptar una decisión como la referida (conf. art. 34, inc. 5, ap. b], CPCBA).

La SCBA, sin embargo, no ha seguido esta tesitura, como puede verse en la mayoría de sus precedentes sobre el tema⁹⁷⁸, práctica cuestionable desde la perspectiva del debido proceso.

2.4) Hipótesis en las que se prevé vista o intervención previa a resolver. Vista al Procurador General. Derecho del menor a ser oído.

Hay algunas situaciones en las que el ordenamiento contempla con carácter general que determinados sujetos intervengan antes del pronunciamiento definitivo de la SCBA. En estos casos, corresponde verificar la compatibilidad del ‘certiorari’ local (que –como venimos señalando- puede ser aplicado en cualquier fase del trámite) con la participación necesaria impuesta a tales protagonistas, en dichas hipótesis especiales.

Dos supuestos serán examinados en este apartado: a) la vista previa al Procurador General exigida en cierto tipo de controversias; y b) la audiencia con los menores que la Corte viene desde hace un tiempo convocando para hacer efectivo su derecho a ser

⁹⁷⁸ V. SCBA, causa C. 105.848, “Mader”, res. del 17-VIII-2011, en el que la Corte hizo lugar a la queja deducida contra la denegación del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por el *a quo*, acogiendo en el mismo acto este último embate, por tratarse de un caso análogo a los resueltos previamente sobre la procedencia de la recusación de un juez de Cámara, cuando se invocan causas graves que generen sospechas fundadas sobre su imparcialidad (causas C. 92.349 “Chimondegui” y C. 95.173 “Pinnell”, ambas sent. del 12-VIII-2009). En el mismo sentido: SCBA, causa C. 109.286, “S. R., G.”, res. del 2-XI-2011; C. 111.062, “F., H.”, res. del 9-XI-2011. V., asimismo, causas C. 107.903, res. del 13-IV-2011 (en el que se hizo lugar a un recurso extraordinario de nulidad por ausencia de fundamentación legal de la sentencia, conf. art. 171, Const. Pcial.); C. 109.539, “Arboleya”, res. del 15-VI-2011 y C. 109.133, “Pasotto Hnos. S.R.L.”, res. del 7-IX-2011 (en ambos casos, acogiendo un recurso extraordinario de nulidad por ausencia de acuerdo y voto individual, sin oír a la parte recurrida); C. 109.350, “Vilella”, res. del 17-VIII-2011 (haciendo lugar a un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se había denunciado el desconocimiento de la doctrina legal de la SCBA respecto de la oponibilidad de la franquicia de seguro a los terceros beneficiarios no contratantes –conf. causa C. 94.988, sent. del 23-IV-2008- y a la tasa de interés que los jueces pueden fijar prudencialmente en ausencia de una previsión legal específica –conf. art. 622, Cód. Civ., y doct. causas C. 101.774, “Ponce” y L. 94.446, “Ginossi”, ambas del del 21-X-2009-); C. 111.811, “Fiorenza”, res. del 9-XI-2011 (haciéndose igualmente lugar al recurso de inaplicabilidad de ley para revocar una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de las sucesivas leyes de suspensión de ejecuciones hipotecarias de la Provincia de Buenos Aires –leyes 13.302 y prórrogas consecutivas-, apelando a la doctrina sentada en casos análogos).

oídos en todo trámite que afecte sus intereses (arts. 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño; 23, ley 26.061; 3, ley 13.634 –Pcia. Bs. As.-).

a) Quid de la intervención del Ministerio Público. Vista al Procurador General.

El primero de los problemas aludidos consiste entonces en verificar la compatibilidad del art. 31 bis de la LOPJ (que permite deestimar los recursos extraordinarios en cualquier “estado de su tramitación”), con la intervención que le cabe a la Procuración General en ciertas causas (vg., en todos los recursos de inconstitucionalidad y de nulidad –arts. 297 y 302, ord. cit.- y en los de inaplicabilidad de ley interpuestos en causas de interés general o en las que hubiera participado algún integrante del Ministerio Público –arg. arts. 1 y 13, inc. 7 y 8, ley 12.061-)

Como fuera anticipado (v. *supra*, ap. 3), el momento del trámite en el que dicho órgano es convocado a dictaminar, está situado luego de la recepción del expediente por la Corte y del análisis liminar de admisibilidad que –en los hechos- este cuerpo practica como primer paso del *iter* procedimental ante sus estrados. En ese momento, inmediatamente anterior a que el Presidente dicte la providencia de autos (art. 283, CPCC), la causa es remitida a la Procuración para que dé su opinión sobre la suerte del embate.

Siendo que el primer análisis de admisibilidad (previo a la vista a la Procuración) suele ser también la ocasión propicia para verificar la presencia de alguna de las causales que permiten la aplicación del ‘certiorari’ negativo, en la práctica, el Ministerio Público se ve privado de opinar en una infinidad de asuntos a los que se aplica el resorte de marras.

En alguna oportunidad la parte afectada por la aplicación del ‘certiorari’ planteó este dilema argumentando que la resolución de marras había sido dictada sin oír al Procurador General. Así, en la causa “Catani”, se acudió a la vía del incidente de nulidad para cuestionar este presunto defecto formal, en atención a la calidad del vicio denunciado (error de procedimiento anterior al dictado del fallo). Se buscaba de este modo que la Corte dicte un nuevo pronunciamiento acordando la vista omitida. El planteo fue desestimado por la SCBA, por considerarse que este tipo de decisiones “sólo es susceptible de ser atacada a través de los recursos previstos en el ordenamiento

procesal”⁹⁷⁹. La decisión fue finalmente atacada ante la Corte Suprema de la Nación, siendo desestimado el recurso federal por aplicación del art. 280 del CPCN⁹⁸⁰.

Más adelante el criterio fue confirmado en el caso “Carín”⁹⁸¹, acudiendo a los fundamentos utilizados en el precedente identificado en el párrafo anterior y rechazando la recusación dirigida contra los jueces que se habían pronunciado en el primer resolutorio:

“Autos y Visto:

1. Esta Corte rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto [...] por la apoderada de la parte actora, mediante la resolución de fs. [...].

2. Frente a lo allí resuelto, la misma letrada promovió incidente de nulidad [...].

Con base en el art. 13 inc. 7 de la ley 12.061 sostiene la invalidez de la resolución de esta Corte por haber dispuesto el aludido rechazo del recurso extraordinario planteado sin darse vista previamente a la Procuración General.

Entiende, además, que se encuentra viciado el fallo por falta de llamamiento de autos para sentencia (art. 481, C.P.C.C.) y su notificación (art. 135 inc. 4), a lo que agrega un indebido anoticiamiento de la sentencia de fecha 7 de setiembre del año 2009.

3. Esta Corte, integrada al efecto, rechazó *in limine* las recusaciones planteadas en esa nueva presentación [...].

⁹⁷⁹ SCBA, causa C. 98.785 “Catani c/ Sambuco s/ Cumplimiento de contrato”, res. del 4-X-2006 (por la que se desestimó el recurso extraordinario mediante la aplicación del art. 31 bis de la ley 5827) y res. del 10-XII-2008 (por la que se recuazó el planteo nulitivo del recurrente, basado en la ausencia de vista previa al Ministerio Público para que dictamine).

El criterio por el que se restringe la vía del incidente de nulidad para atacar la sentencia dictada sin practicar la vista previa al Procurador General, había sido aplicado por la Corte antes de la utilización efectiva del ‘certiorari’. Así, en la causa Ac. 80.077, “Banco Platense S.A. (Quiebra)”, res. del 2-III-2005, el máximo tribunal descartó el planteo nulitivo por el que se denunciara dicha irregularidad, estando la causa en estado de sustanciación del recurso extraordinario federal deducido contra la sentencia definitiva de la SCBA. Esta última denegó la invalidación reclamada, afirmando que “si bien le asiste razón al recurrente en cuanto se omitió cumplir con el pase dispuesto, lo cierto es que la sentencia de esta Suprema Corte mencionada no es susceptible de ser atacada por la vía intentada sino a través de los recursos previstos en el ordenamiento procesal (art. 257, C.P.C.C.N.)” (res. cit., 2º párrafo). Cabe reiterar que la resolución desestimatoria del recurso extraordinario que se atacaba en este precedente, no era de las contempladas en el art. 31 bis de la LOPJ. Sin embargo, la *ratio* decisoria (imposibilidad de cuestionar la sentencia definitiva a través del incidente previsto en el art. 169 del CPC) fue la misma que luego se aplicara cuando las decisiones sobre ‘certiorari’ fueran sometidas al mismo embate.

⁹⁸⁰ CSN, causa C.969. XLV, “Catani”, sentencias del 9-III-2010 (rechazando el recurso extraordinario federal por aplicación del art. 280 del CPCN) y sent. del 3-VIII-2010 (desestimando la reposición deducida ante sus estrados).

⁹⁸¹ SCBA, causa C. 108.664, “Carín c/ Muñiz s/ Divorcio Contradictorio”, resoluciones del 7-X-2009 (por la que se desestimó el recurso extraordinario por aplicación del art. 31 bis de la ley 5827) y del 5-X-2011 (por la que se rechazó el incidente de nulidad articulado por ausencia de vista previa al Procurador y omisión de la providencia de autos del Presidente de la Corte).

4. Respecto del pedido de nulidad incoado, cabe señalar que la sentencia interlocutoria de fs. [...] que rechazó el recurso extraordinario interpuesto sólo es susceptible de ser atacada a través de los recursos previstos en el ordenamiento procesal (art. 257, C.P.C.N., conf. doct. Ac. 80.077, resol. de 2-III-2005; Ac. 94.707, resol. del 16-VIII-2006; C. 98.785, sent. del 10-XII-2008. Ver, asimismo, el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* “Catani, Néstor Edgardo c/ Sambuco, Reynaldo s/ Cumplimiento de contrato”, sent. del 3-VIII-2010), por lo que la presente vía deviene improcedente.

Por ello, se rechaza el incidente de nulidad promovido”.

Los argumentos adoptados para dar respuesta a los planteos nulitivos articulados en dichos precedentes, son susceptibles de algún reparo. En efecto, desde antaño se han distinguido las vías de impugnación según que se dirijan a cuestionar vicios de la sentencia misma o que procuren la revisión de defectos formales anteriores a la decisión atacada. La regla general vigente en nuestro medio es que, en el primer caso, corresponde atacar los yerros del fallo mediante alguno de los recursos específicamente previstos en el ordenamiento (según el tipo de resolución que se trate), mientras que, en el segundo, la nulidad debe ser articulada por vía incidental (arts. 169 y ss. del CPCC).

Los precedentes de la Corte a los que hemos hecho referencia previamente, parecen trazar una excepción a dicha regla. Sin embargo, no se advierte la razón por la que la línea divisoria entre recurso e incidente deba variar cuando se trata de cuestionar una sentencia de la Suprema Corte. También en esta sede, si lo que se pretende es revisar el error (formal o sustancial) de la sentencia definitiva del cimerpo cuerpo, el único camino impugnativo admisible será el recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48 y ccs.). Pero si se denuncia un vicio *in procedendo* previo al dictado del fallo (como – por ejemplo- la falta de notificación de la providencia de autos, la omisión de la vista al Procurador General, etc.), el carril impugnativo adecuado resulta ser el incidente de nulidad. A nuestro juicio, es posible extender a estos supuestos la tradicional doctrina de la Corte (elaborada para el ámbito de los remedios casatorios locales), según la cual “los defectos de procedimiento anteriores a la sentencia definitiva no tienen cabida en el recurso extraordinario, pues la subsanación de los mismos debe buscarse en la misma

instancia en que fueron cometidos y en la oportunidad procesal debida mediante el respectivo incidente de nulidad”⁹⁸².

La observación formulada, claro está, sólo se dirige a poner en duda el argumento por el que la Corte desestima esta clase de planteos, sin que ello implique avalar el acierto de la nulidad articulada en los casos referidos. A nuestro juicio, la invalidación pretendida es improcedente, pero no por haber sido seleccionado incorrectamente el carril impugnativo, sino por no darse el primero de los presupuestos necesarios para la declaración de nulidad de un acto procesal: su irregularidad.

Sabido es que para que un acto pueda ser declarado nulo deben darse ciertas condiciones necesarias: su irregularidad (apartamiento de las formas previstas en la ley), trascendencia (que la infracción formal prive al acto de su finalidad), perjuicio o interés de quien denuncia el vicio (*pas de nullité sans grief*), ausencia de convalidación (promoción del incidente respectivo dentro de los cinco días de conocido el acto), etc⁹⁸³. Pues bien, el dictado de una resolución que pone fin a un recurso extraordinario sin oír previamente al Procurador General, es válido simplemente porque no se aparta de las formalidades establecidas en el ordenamiento: el legislador autoriza expresamente a la Corte a pronunciarse de ese modo “en cualquier estado del trámite”, lo que implica que puede hacerlo antes de correr dicha vista.

No es necesario entonces verificar si la infracción formal denunciada es o no “trascendente” o si ha ocasionado un perjuicio al recurrente, ya que directamente no hay irregularidad. La intervención del Ministerio Público en los casos previstos por la ley, puede ser exceptuada por la ley misma, en atención a finalidades atendibles como la duración razonable de los pleitos, *ratio* principal que justifica el uso de la herramienta contemplada en el art. 31 bis de la ley 5827 (art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos). En otras palabras: no habiendo cláusula constitucional alguna que imponga el dictamen previo del Procurador General en determinada clase de recursos extraordinarios, la única fuente de dicha intervención proviene de la ley. Siendo ello así,

⁹⁸² SCBA, causas L. 42.841, sent. del 22-VIII-1989, “Gutiérrez de Elizalde”; L. 73.595, sent. del 27-VI-2001, “Mollo”; A. 70.466, sent. del 13-VII-2011, “R., A.”, entre otras.

⁹⁸³ V., entre otros autores: BERIZONCE, Roberto, *La nulidad en el proceso*, Platense, 1967, cap. VI, pp. 71-88; MAURINO, Alberto, *Nulidades procesales*, caps. III a V, pp. 39-86; PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, Bs. As., t. IV, 2° ed., pp. 152-161.

es la misma ley la que puede prever las hipótesis en las que la vista aludida no sea necesaria.

En síntesis, siendo que el legislador contempló la posibilidad aplicar el resorte previsto en el art. 31 bis de la ley 5827 en cualquier fase del trámite ante la Corte, no vemos irregularidad alguna en la decisión de extinguir un recurso extraordinario sin dar vista previa al Ministerio Público para que dictamine.

Sin perjuicio de ello, se viene advirtiendo modernamente ante la SCBA la tendencia a correr vista en ciertas oportunidades a la Procuración General⁹⁸⁴, incluso aprovechando a veces su dictamen como argumento de remisión⁹⁸⁵. Cabe recordar que, a diferencia de la praxis tradicional de la Corte Suprema de la Nación de basarse directamente en lo dictaminado por el Procurador *bravittatis causae*, el máximo tribunal provincial siempre fue reacio a resolver por simple remisión a lo expresado por el Ministerio Público. En la actualidad, según fuera indicado, dicha tendencia parece estar en revisión. De este modo, por un lado, se limita el uso generalizado del ‘certiorari’ sin oír al Procurador⁹⁸⁶ y, por el otro, se comienza a utilizar la técnica de motivación por reenvío a lo dictaminado por este último, como argumento para decidir la aplicación del art. 31 bis de la ley 5827.

b) Derecho del menor a ser oído: incidencia en la oportunidad para aplicar el ‘certiorari’.

El segundo interrogante que hemos formulaado es si, en las causas en las que estuvieran involucrados los intereses de menores, el ‘certiorari’ puede ser aplicado sin necesidad de escucharlos en sede extraordinaria. Es decir, si también en estos casos la resolución definitiva también puede tener lugar “en cualquier estado del trámite”. Como enseguida veremos, este problema es más agudo que el examinado en el apartado anterior (actuación del Ministerio Público ante la SCBA), ya que respecto de los

⁹⁸⁴ V., SCBA C. 107.903, res. del 13-IV-2011; L. 57.204, res. del 17-VIII-2011; L. 113.867, “Pereyra”, res. del 3-V-2012; L. 115.753, “Silva”, res. del 30-V-2012, entre otras.

⁹⁸⁵ V. en tal sentido, SCBA causas C. 111.805 y 111.806, “Davicino”, ambas res. del 16-II-2011; C. 113.019, “E., M.”, res. del 6-IV-2011; C. 108.389, “C., A.”, res. del 18-V-2011; C. 108.678, “Núñez”, res. del 17-VIII-2011; C. 110.581, “Vales”, res. del 5-X-2011; C. 113.571, “R. de B., M.”, res. del 2-XI-2011; C. 112.246, “Romero”, res. del 30-XI-2011; C. 103.601, “Branchini”, res. del 30-V-2012; C. 116.136, “Iguacel”, res. del 21-III-2012; C. 116.277, “AFIP-DGI”, res. del 30-V-2012, entre otras.

⁹⁸⁶ Hablamos de “limitación” al uso generalizado de resolver sin oír al Ministerio Público, ya que la práctica de aplicar el certiorari omitiendo dicho dictamen subsiste en la jurisprudencia de la Corte, siendo la vista previa una excepción.

menores existe una previsión suprallegal expresa que justifica su intervención en causas en las que sus intereses estén en juego.

En tal sentido, es de recordar inicialmente que la Corte ha destacado la importancia de tomar contacto directo y personal con el menor en todo asunto que involucre sus intereses, recaudo que ha valorado como un corolario de la garantía establecida en el art. 12.2 de la Convención de los Derechos del Niño. A partir de dicho entendimiento, al alto cuerpo no sólo ha declarado en más de una oportunidad la nulidad (incluso de oficio⁹⁸⁷) de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores que se aparten de esa exigencia, sino que desde hace años ha comenzado a convocar ella misma a los menores involucrados, para ser oídos ante sus estrados antes de resolver⁹⁸⁸.

La pregunta que interesa analizar entonces es si dicha doctrina limita la oportunidad en la que la Corte puede aplicar el art. 31 bis de la LOPJ, en este tipo de causas o si, por el contrario, también en ellas es posible acoger o desestimar los embates interpuestos en cualquier fase del trámite (incluso antes de escuchar al menor).

Esta última tendencia (posibilidad de acudir al dispositivo citado sin oír al menor) parece ser la regla adecuada, cuando el ‘certiorari’ se aplica para poner en evidencia la ausencia de recaudos que impidan un pronunciamiento de mérito por parte de la Corte (vg., ausencia de recaudos esenciales, insuficiencia del recurso). Es que tanto para las instancias recursivas ordinarias como para las extraordinarias, la exigencia de oír a los menores (art. 12.2, Convención sobre los Derechos del Niño) presupone la existencia de recursos admisibles que abran la competencia de los tribunales de alzada para abordar la cuestión fondal que interesa a aquéllos. De otro modo, su comparecencia carecería de relevancia ante el *ad quem*, ya que al no tener éste jurisdicción para resolver, se transformaría en un rito inoperante.

⁹⁸⁷ V., en tal sentido, SCBA, Ac. 90.531, “N.N.”, del 29-IX-2004 (anulando de oficio la sentencia por haber sido dictada sin que el tribunal en pleno haya tomado contacto directo y personal con el menor –sólo uno de sus jueces había participado de la audiencia con el niño-).

⁹⁸⁸ La fórmula habitual utilizada por la Corte a tales efectos es una resolución del siguiente tenor: “Convócase al menor de autos ... a comparecer ante este Tribunal a fin de tomar conocimiento personal y directo de él, a la audiencia del día ... a las ... horas. Sus padres podrán concurrir, pero no participarán del encuentro de cuyo contenido no se dejará constancia, salvo del acto de su realización (arts. 3 y 12, Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22, Const. nac.; 15, Const. prov.; 34 inc. 5, 36 incs. 2 y 4, C.P.C.C.). Cítase al Ministerio Pupilar correspondiente en turno en La Plata (art. 59, Cód. Civ.) y al perito psicólogo designado, quienes deberán comparecer el día de la audiencia” (v. por ej., SCBA, res. del C. 107.492, “U., P. c/ I., S. s/ Tenencia”, res. del 28-III- 2012; C. 116.673, “Z., V.”, res. del 11-IV- 2012, entre muchas otras).

La Corte parece haber seguido este criterio, al aplicar en alguna oportunidad el ‘certiorari’, sin necesidad de convocar a una audiencia previa para oír al menor en los términos del art. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, por ejemplo, en la causa C. 108.775 (2010)⁹⁸⁹, en la que, pese a encontrarse en juego los intereses de una menor, la SCBA resolvió aplicar el art. 31 bis de la LOPJ, sobre la base de la insuficiencia del recurso interpuesto. Ciertamente es que, en dicho precedente, la declaración de insuficiencia del recurso estuvo acompañada de un análisis pormenorizado de las constancias del caso, para asegurar –según lo explicó el máximo tribunal– que no se tratara de un mero resorte procesal el que pusiera fin a la contienda⁹⁹⁰. Es decir, que, en puridad, la utilización del ‘certiorari’ sirvió allí más para dar celeridad a la solución del caso que como mecanismo de descongestión. Ello, de todos modos, no obsta a lo afirmado en este punto sobre la oportunidad en la que la decisión fue adoptada (antes de que el menor sea oído).

Con posterioridad, el criterio fue mantenido, acudiendo la Corte al ‘certiorari’ para desestimar inmediatamente recursos extraordinarios insuficientemente fundados, dando así celeridad a la resolución de controversias necesitadas de dicha prioridad, sin necesidad de oír al menor, ni de aclarar que el uso del ‘certiorari’ –en estos casos– no importa una solución meramente ritual de la contienda⁹⁹¹.

En definitiva, si la Corte entiende que puede desestimar un recurso extraordinario por aplicación de aquellas causales de ‘certiorari’ que no importan un pronunciamiento de mérito anticipado, sino una *decisión de inadmisibilidad o insuficiencia*, la utilización del dispositivo de marras *no requiere –por regla– de una audiencia previa para oír al menor*. Distinto sería el caso en que el motivo del art. 31 bis que se pretendiera utilizar, importara una resolución anticipada del fondo del asunto (vg., resolución en casos análogos). En estos

⁹⁸⁹ SCBA, causa C. 108.775, “Pucheta”, res. del 10-III- 2010.

⁹⁹⁰ Así lo advierte expresamente la Corte en la parte final del fallo que, adoptando una fórmula atípica de esta clase de decisiones, agregó como cierre: “... atento a que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ha sido insuficientemente fundado, se lo rechaza (art. 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812). Declárase que en el examen pormenorizado que antecede y que ha llevado a la conclusión antedicha, no se ha soslayado el análisis integral que la especial naturaleza de la materia en juzgamiento exige, de donde la utilización del arbitrio contemplado en el art. 31 bis de la ley 5827 ha tenido lugar conjugando su funcionalidad con las particulares circunstancias de la causa” (SCBA, causa C. 108.775, cit.).

⁹⁹¹ V. SCBA, causa C. 116.692, “G. F., T. E.. Medida de Abrigo-Ley 13.634”, res. del 3-V- 2012. La progenitora de un menor recurría en ese caso la decisión de las instancias de grado que la privaba de la patria potestad de su hijo, al declarar al niño en situación de abandono y preadoptabilidad. La Corte hizo lugar a la queja y abordó inmediatamente la impugnación deducida, “en atención a la naturaleza de los derechos allí involucrados”, desestimándola por insuficiente (con cita del art. 31 bis, ley 5827).

casos, la lectura del citado precepto debería ser compatibilizada con la garantía establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, según las modalidades del caso.

3) Recursos extraordinarios alcanzados por el ‘certiorari’. Cuestión constitucional (remisión). El ‘certiorari’ y el recurso de queja.

3.1) Recursos extraordinarios alcanzados. Remisión.

El art. 31 bis de la ley 5827 es de aplicación a las tres vías impugnativas extraordinarias locales, en cualquiera de sus fueros jurisdiccionales.

Ante la amplitud del citado precepto, ha sido previamente analizada la problemática constitucional que se alza contra su aplicación indistintamente a los tres recursos extraordinarios (inconstitucionalidad, nulidad e inaplicabilidad de ley). Ello así, teniendo en cuenta que sólo respecto del último (recurso de inaplicabilidad de ley) la Constitución provincial habilita al legislador a establecer restricciones y límites, de acuerdo con la interpretación literal desplegada por la SCBA en la causa “Sucesión de Julián Hernández” [1970].

Para evitar reiteraciones ociosas, remitimos a lo allí expresado sobre el punto (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 1.2).

3.2) El ‘certiorari’ y el recurso de queja.

El art. 31 bis de la LOPJ también puede ser aplicado por la Suprema Corte en oportunidad de resolver el recurso de queja incoado directamente ante sus estrados, frente a la declaración de inadmisibilidad del embate por el *a quo* (art. 292, CPCC).

Existen dos campos de acción del ‘certiorari’, cuando es aplicado al momento de resolver un recurso de queja.

El primero es el más sencillo, aunque también el menos rendidor: la desestimación de la queja por deficiencias propias de la misma (vg., interposición fuera de plazo, omisión de adjunción de las copias necesarias, falta de cuestionamiento adecuado de las razones por las que el *a quo* declaró inadmisibile el recurso extraordinario, etc.). Es decir, que cuando el quejoso no cumple acabadamente con las condiciones establecidas en el art. 292 y ccs. del CPCC, sería posible descartar ese recurso directo aplicando el art. 31 bis de la ley 5827 (apelando, por ejemplo, a las

causales de insuficiencia o ausencia de recaudos esenciales⁹⁹²). Como fuera anticipado, en esta primera hipótesis el ‘certiorari’ no brinda a la Corte mayores herramientas decisorias que aquellas con las que tradicionalmente contaba a la hora de resolver la procedencia de las quejas que se le presentaran. Desde siempre el máximo tribunal se expidió, liminarmente y a través de una resolución interlocutoria (es decir: del mismo modo en que ahora lo puede hacer acudiendo a esta variante de ‘certiorari’), descartando los recursos directos defectuosos. La única diferencia que se avizora en los casos en que la Corte aplica el dispositivo estudiado, es la cita del art. 31 bis de la ley 5827⁹⁹³, lo que –obviamente– no constituye un dato demasiado significativo como elemento de gestión de causas.

La segunda variante de actuación del ‘certiorari’ en este ámbito, es la que tiene lugar cuando, en oportunidad de expedirse sobre el recurso directo (art. 292, CPCC), la Corte –en puridad– termina resolviendo el recurso extraordinario cuya denegación motivara la queja. Así, por ejemplo, si el tribunal inferior deniega el recurso por considerar que la sentencia no resulta definitiva y la Corte, queja de por medio, advierte que efectivamente la sentencia atacada cumple con la condición establecida en el art. 278 del CPCC, pero inmediatamente verifica que el remedio deducido es insuficiente o carece de recaudos esenciales⁹⁹⁴. En tales casos, el pronunciamiento recae en verdad

⁹⁹² V., en tal sentido, SCBA, causas Ac. 96.182, “Mirada”, res. del 14-XII-2005; C. 111.556, “Leter Alimentos S.A.”, res. del 14-VII-2010; C. 96.425, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 19-V-2010; C. 103.241, “Barile”, res. del 28-V-2010; C. 116.565, “Moralejo”, res. del 28-III-2012; C. 109.390, “L., N. E.”, res. del 7-III-2012, entre muchas otras. En todos los casos desestimando la queja deducida por “insuficiente”, con cita del art. 31 bis de la ley 5827, al no haber atacado los fundamentos por los que el *a quo* había declarado la inadmisibilidad del recurso (conf. art. 292, CPCC).

⁹⁹³ Para corroborar lo afirmado en el texto, puede compararse el tenor de las resoluciones citadas en nota al pie anterior y la miríada de precedentes en los que, antes de la vigencia del ‘certiorari’, la Corte desestimara los recursos de queja por la misma razón (ausencia de ataque de los argumentos por los que el *a quo* declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario). V., por ej., SCBA, Ac. 81.369, del 31-X-2001, “Cruz Roja Argentina”; Ac. 89.663, “Cerviño”, res. del 29-X-2003. Los fundamentos, como se ve, son casi idénticos, aunque lógicamente sin la cita del art. 31 bis.

Otro ejemplo en el que la cita del art. 31 bis no parece aportar mayores novedades, es el que tiene lugar cuando la queja es infundada, por haber sido bien denegado el recurso extraordinario original, al no estar presente alguno de sus recaudos de admisibilidad (v., en tal sentido: SCBA, causa C. 100.627, “Simone”, res. del 23-XII-2009, desestimando la queja deducida por no haber sido dirigido el embate inicial contra una sentencia definitiva). En este caso, diverso al referido en el párrafo anterior, el ‘certiorari’ se utiliza como argumento para desestimar la queja, no ya en razón de su inidoneidad técnica, sino por su improcedencia (es decir, por no asistir razón al quejoso).

⁹⁹⁴ V. entre muchos: Ac. 94.137, “Sucesores de Norberto J. Fernández S.R.L. Concurso preventivo”, res. del 19-XII-2007; C. 107.456, “Campo”, res. del 14-IV-2010; C. 103.286, “Zunda”, res. del 19-V-2010; C. 103.276, “Cuiñas”, res. del 19-V-2010 (en todos los casos, haciendo lugar a la queja y desestimando en el mismo acto los recursos extraordinarios respectivos por vía de ‘certiorari’).

sobre el recurso extraordinario y no sobre la queja misma, que sólo aporta la ocasión para el decisorio.

Esta última variante sí acarrea una innovación, ya que tradicionalmente, al resolver la queja la SCBA –por regla- sólo examinaba los recaudos formales de admisión de los recursos denegados por el *a quo* (plazo, legitimación, sentencia definitiva, valor del litigio, depósito, etc.). Por ende, no se pronunciaba allí acerca otros elementos de los recursos extraordinarios, que recién eran analizados en la sentencia definitiva (vg., suficiencia o procedencia del recurso).

En la actualidad, el interlocutorio por el que se resuelve la queja es frecuentemente una ocasión propicia para aplicar el ‘certiorari’ respecto del recurso extraordinario original. Especialmente cuando se advierte que, pese al acierto del recurso directo, el embate sobrevinientemente admitido merece ser rechazado por alguno de los motivos contemplados en el art. 31 bis de la ley 5827.

Esta última variante resulta de especial interés práctico cuando el debate sobre la procedencia o fundabilidad del embate es menos intensa que la discusión sobre su admisibilidad. Es que, en ciertas situaciones, la admisibilidad de la vía deducida es dudosa y no es difícil apreciar que dirimir el punto llevaría más esfuerzos a la Corte que penetrar en el fondo del asunto. Así ocurre, por ejemplo, respecto de la definitividad de ciertas decisiones⁹⁹⁵, o en torno a los motivos por los que puede ser deducido un recurso determinado y ante qué órgano corresponde interponerlo, según se determine el régimen procesal aplicable⁹⁹⁶, etc. En no pocas oportunidades, dicho debate termina

⁹⁹⁵ V., por ejemplo, SCBA, C. 116.613, “Ganguzza”, res. del 6-VI-2012. En el caso se había deducido queja frente a la denegación del recurso extraordinario por parte del *a quo*, por no haberse interpuesto contra una sentencia definitiva. La Corte, al resolver la queja, sostuvo: “En relación a la vía extraordinaria incoada -y *sin perjuicio de las consideraciones que podrían efectuarse con respecto al motivo en que el ‘a quo’ fundó su desestimación-*, la misma deviene igualmente improcedente ...”, con cita del art. 31 bis de la ley 5827. La fórmula destacada en la transcripción precedente suele ser utilizada por la Corte cuando la improcedencia del embate es más clara que su inadmisibilidad (en el ejemplo citado: la definitividad de la sentencia podría llevar a mayores discusiones que la procedencia del recurso extraordinario de nulidad, que liminarmente podía apreciarse como infundado). En similar sentido, rechazando vía ‘certiorari’ el recurso extraordinario en oportunidad de resolver la queja y aclarando que dicho criterio era sentado “más allá de las razones por las que el *a quo* desestimó el embate”, v. SCBA C. 116.528, “Vera Cantillana”, res. del 30-V-2012, entre otras.

⁹⁹⁶ V. en este sentido, el arduo debate exteriorizado en torno a la recurribilidad ante la SCBA de las sanciones impuestas por la jurisdicción notarial a los escribanos de la Provincia. La discusión relativa al régimen procesal aplicable en la especie termina impactando en cargas formales verdaderamente dirimientes para la suerte del recurso, como el tribunal ante el que debe ser incoado el recurso (si se aplica el CPCC: ante el *a quo*; si se rige por el CPP: ante la Corte), la exigibilidad del depósito previo, la *suma gravaminis*, etc.. (v. SCBA, Ac. 84.409, “L., E.”, res. del 27-VI-2007; Ac. 85.895, “Quiroga, María Esther c/ Farulla, Norma Cecilia. Pres. falta de ética. s/ Rec. de queja”, res. del 21-V-2008; Ac. 94.423, res. del 11-III-2009; Ac. 96.835,

consumiendo una porción sustancial de tiempo y, una vez superado, el caso recién queda en condiciones de iniciar su trámite. Por ello, al preverse la posibilidad de aplicar el ‘certiorari’ para rechazar el recurso extraordinario en oportunidad de decidir la queja dirigida contra su denegación, la Corte cuenta con una herramienta expresa para obviar dichos extensos debates sobre admisibilidad, evitando que tal dilación afecte irrazonablemente el derecho de las partes a obtener una decisión en tiempo oportuno.

La técnica decisoria, de todos modos, debería ser respetada en la medida de lo posible. Es que el estudio de los recaudos de admisibilidad no ha sido tradicionalmente caracterizado como “previo” al pronunciamiento de mérito, por razones meramente rituales. Por el contrario, se trata de condiciones exigidas para la apertura de la competencia decisoria del alto cuerpo. Por lo que toda decisión adoptada por un tribunal de alzada (*lato sensu*) respecto de recursos inadmisibles equivale a expedirse sobre causas sobre las cuales no ha sido debidamente habilitada su jurisdicción (o, en similares términos: implica incurrir en un exceso de sus potestades jurisdiccionales). Por eso es que la Corte, como hemos visto, cuando aplica el certiorari en oportunidad de resolver la queja, suele resolver previamente el acierto de esta última, de modo de despejar toda duda sobre la apertura de su competencia para resolver el caso (incluso por aplicación del art. 31 bis de la ley 5827).

Resulta entonces de buena técnica reservar esta última variante de acción del precepto de marras, que desbloquea dicha regla y le brinda a la Corte competencia resolutoria final sobre recursos cuya admisibilidad todavía no ha sido decidida, para casos de excepción. Una pauta útil para definir la presencia de dicha hipótesis excepcional, sería acudir a esta solución (es decir, evitar el debate formal respecto de un tema de admisibilidad al advertir que el caso puede encuadrar en alguna de las causales del art. 31 bis de la LOPJ) exclusivamente cuando, en caso contrario, pueda quedar comprometida la garantía del plazo razonable (art. 8, CADH).

Otro límite evidente para esta utilización “pragmática” del ‘certiorari’ en el ámbito del recurso de queja (es decir, hacer uso del mismo para evitar la discusión de admisibilidad), está dado por la imposibilidad de acudir a dicha solución en los casos de *acogimiento* del recurso por encontrarse en debate un tema resuelto en casos análogos

“Registro de Contratos Públicos Nro. 95 Vicente López. Bunge, Augusto Miguel Angel”, res. del 2-IX-2009, etc.).

(art. 31 bis, 3º párrafo, ley cit.). Como fuera anticipado, esta variante “positiva” del mentado precepto, en realidad importa la declaración de fundabilidad de la impugnación, con la consecuente revocación de la sentencia en crisis, lo que obviamente requiere: i) de un recurso admisible, y ii) de dar a la recurrida oportunidad de ser oída. A diferencia de lo que sucede en los casos de “certiorari negativo” (en los que la suerte del recurso no varía sea que se desestime la queja por ser los recursos inadmisibles o por darse algunas de las restantes circunstancias previstas en el art. 31 bis), en el supuesto ahora analizado, la definición relativa a la admisibilidad del recurso es previa y necesaria para verificar si la Corte está en condiciones de acoger el embate. No se trata ya de un mero reparo técnico, sino de una cuestión susceptible de dirimir el resultado del embate.

En síntesis: según lo normado en el art. 31 bis de la ley 5827, la Corte puede *rechazar* los recursos extraordinarios cuya admisibilidad llega discutida a sus estrados por medio de queja (art. 292, CPCC), sin necesidad de expedirse respecto del acierto de la vía directa incoada, para evitar el dispendio temporal que ello conllevaría en casos puntuales de dudosa admisibilidad. En otras palabras, puede resolver la desestimación del recurso extraordinario cuya denegación suscitara la queja, sin expedirse sobre esta última⁹⁹⁷. Le basta a tales efectos con verificar en cada caso si se da alguno de los presupuestos idóneos para aplicar dicha variante de ‘certiorari’ (insuficiencia, intrascendencia, desestimación en casos análogos).

La inversa, en cambio, no es posible: la Corte no puede *acoger* fondalmente un recurso potencialmente inadmisibile por razones de celeridad procesal, por más que el tema haya sido resuelto de ese modo en asuntos similares. Primero debe determinar si su competencia apelada ha sido abierta por un embate admisible, para luego (en caso afirmativo), aplicar el resorte previsto en el art. 31 bis de la LOPJ.

Por otra parte, en estos casos, debe garantizarse el respeto al principio de bilateralidad o contradicción, ya que, en la Provincia de Buenos Aires, no se podría hacer lugar al recurso extraordinario en oportunidad de resolver la queja contra su

⁹⁹⁷ Nótese que la letra del art. 31 bis, 2º párrafo, ratifica esta interpretación, al establecer que: “En el caso de queja o recurso de hecho por denegación de cualquiera de los referidos recursos extraordinarios, la Suprema Corte de Justicia podrá *rechazarlos* con acuerdo a lo dispuesto en el apartado anterior”. La utilización del plural (“rechazarlos”) permite considerar que el ‘certiorari’ puede ser aplicado para desestimar no la queja en sí misma, sino los recursos extraordinarios cuya declaración de inadmisibilidad es cuestionada por la vía del art. 292 del CPCC.

denegación, sin dar a la parte recurrida oportunidad de ser oída (hemos analizado este punto con anterioridad -*supra*, ap. 2.3]- y volveremos sobre él más adelante -*infra*, par. IV, ap. 2.a]- lugares a los que cabe remitir para obviar reiteraciones innecesarias).

4) Causales.

Dedicaremos este apartado al análisis de los motivos que dan lugar a la aplicación del art. 31 bis de la ley 5827. Se trata, indudablemente, del capítulo más importante del estudio dogmático del citado dispositivo.

Para una mejor sistematización, quedarán a un lado las hipótesis de andamiaje del llamado “certiorari positivo”, instituto que será abordado más adelante (v. *infra*, ap. 7). Por consiguiente, este párrafo se centrará en los distintos supuestos de desestimación que habilita el precepto de marras (certiorari negativo), así como el caso (dual, ya que permite tanto acoger como denegar los recursos extraordinarios) de resolución de asuntos sustancialmente análogos.

4.1) Notas introductorias. Clasificación.

a) Si bien existen evidentes analogías entre el elenco de motivos que permiten la aplicación del ‘certiorari’ bonaerense y la enunciación contenida en el art. 280 del CPCN (v. *supra*, ap. capítulo cuarto, par. IV), es posible destacar algunas diferencias entre ambos regímenes, que justifican su tratamiento autónomo. Así, por ejemplo, el precepto provincial prevé expresamente la “ausencia de requisitos esenciales” como motivo autónomo y enuncia como dos causales diversas a la basada en la existencia de precedentes análogos, por un lado, y la afincada en el planteo de “cuestiones insustanciales”, por el otro. Asimismo, se asigna una variante decisoria “positiva” (expresión utilizada aquí en el sentido que permite acoger el recurso con la consecuente revocación total o parcial de la sentencia) en la aludida hipótesis de resolución de asuntos repetitivos.

Por otra parte, la sistematización adoptada para los recursos extraordinarios locales requiere de ciertas precisiones a efectos de: i) evitar superposiciones conceptuales que afecten la claridad del dispositivo en cuestión; y ii) nutrir de contenidos propios del régimen casatorio estadual a categorías como las de la “insuficiencia” o la

“intrascendencia”, que si bien están previstas tanto en el sistema federal y como en el provincial, adoptan en cada jurisdicción un sentido propio.

Todo ello hace necesario un desarrollo autónomo de los motivos previstos en el art. 31 bis de la ley 5827.

b) Para concluir con esta breve introducción, es posible formular a título propedéutico una *clasificación* de las causales que luego serán examinadas.

En tal sentido, aplicando el principal criterio de distinción oportunamente analizado (v. *supra*, capítulo segundo, par. I, ap. 3), cabe diferenciar aquellos supuestos en los que exclusivamente se procura *agilizar el trámite y decisión de los recursos extraordinarios*, de los que constituyen un *verdadero mecanismo de selección* de los casos a conocer por parte de la Suprema Corte. En el primer grupo (en el que cabe incluir a las hipótesis de ausencia de recaudos esenciales, fundamentación insuficiente, existencia de precedentes análogos e insustancialidad de las cuestiones articuladas), la Corte no hace más que resolver de modo más sencillo (acotando los pasos previos a la decisión y atenuando la motivación requerida a tal efecto) recursos que, de lo contrario (es decir: de ser tramitados de conformidad con las reglas adjetivas ordinarias), correrían la misma suerte. En la segunda de las variantes aludidas (en la que se ubica el supuesto de “intrascendencia”), no se trata sólo de agilizar el iter procedimental y decisorio, sino que se establece una verdadera herramienta de selección de los asuntos susceptibles de ser conocidos por el máximo tribunal, que resulta independiente de la suerte final que el embate pudiera tener en caso de ser abordado en dicha sede. Por lo que, en definitiva, la utilización o no utilización del ‘certiorari’ (a diferencia de lo que sucede con los supuestos señalados en la primera categoría) puede alterar radicalmente el *sentido* de la decisión final, y no sólo el plazo y trámite para arribar a la misma. Un recurso portante de cuestiones que la Corte considere intrascendentes para ser materia de examen fondal, no logrará abrirse paso en casación, por más que la crítica deducida contra la injusticia de la decisión sea fundada.

Otro criterio clasificatorio útil puede encontrarse en el distingo entre aquellos motivos que se basan en recaudos de admisibilidad de los medios de impugnación pertinentes (vg., ausencia de requisitos esenciales, intrascendencia) y los que implican resolver el mérito de los mismos (vg., resolución de “casos análogos”). Dado que el art. 31 bis sólo se refiere al rechazo de los recursos extraordinarios, sin aclarar si dicha

decisión va acompañada de las consecuencias propias de la declaración de inadmisibilidad o de improcedencia, es interesante aclarar el punto, tema al que nos dedicaremos *infra* (ap. 5).

4.2) *Ausencia de requisitos esenciales.*

a) *Configuración de la causal.*

El primer motivo de desestimación al que haremos referencia es el asociado con la falta de recaudos esenciales del recurso extraordinario.

Una aproximación sistemática a la noción de *marras* impone —a nuestro juicio— limitarla a la ausencia de recaudos de admisibilidad de los recursos extraordinarios, es decir, a aquellas condiciones de las que depende la apertura de la competencia de la SCBA para expedirse sobre el mérito del embate deducido, que no se encuentren contempladas en otros motivos del ‘*certiorari*’.

Cierto es que una visión amplificada de la expresión “requisitos esenciales” podría llevar al intérprete a considerar incluida en ella a toda clase de situaciones en las que están ausentes las condiciones necesarias para *acoger* (no ya para “conocer en”) un recurso extraordinario. Tal visión, expresada sin aditivo alguno, resultaría excesiva, dado que podría llevar a pensar que la sinrazón de la queja en cuanto al fondo, resulta uno de los casos en los que la Corte está facultada para acudir a este mecanismo decisorio. Tal línea aperturista conllevaría a una confusión definitiva de los alcances del ‘*certiorari*’, transformándolo en un dispositivo idóneo para resolver el mérito de cualquier clase de asunto sin motivación adecuada, lo que pondría a la herramienta analizada en conflicto irremediable con la garantía del debido proceso.

Frente a tal riesgo, como fuera anticipado, consideramos que el criterio correcto es el que reduce la aplicación es esta hipótesis del ‘*certiorari*’ a los casos de ausencia de recaudos *de admisibilidad* del recurso (vg., legitimación, existencia⁹⁹⁸ o subsistencia de

⁹⁹⁸ La SCBA ha aplicado el art. 31 bis de la ley 5827 para desestimar recursos en los que los agravios correspondientes son alegados por quien carece de interés en la revisión pretendida. Así, por ejemplo, en el caso del recurso extraordinario de nulidad en el que se denuncia la omisión de una cuestión esencial articulada en la instancia de grado por la parte contraria a la que recurre (v. SCBA, Ac. 87.903, “B., J.”, del 14-X-2003). V. asimismo la causa C. 116.493, “Álvarez Sosa”, res. del 3-V-2012, en la que se desestimó, “por no reunir los requisitos esenciales” (art. 31 bis, ley 5827) el recurso deducido por el actor en un juicio de desalojo por falta de pago, ya que la sentencia atacada le había condecido al quejoso el objeto reclamado (es decir: la desocupación del bien).

interés en el pleito⁹⁹⁹, plazo, sentencia definitiva¹⁰⁰⁰, valor del litigio¹⁰⁰¹, depósito previo, ausencia de caso constitucional –para el recurso extraordinario de inconstitucionalidad¹⁰⁰²–). Dicha interpretación es la que mejor se adecua a la finalidad del dispositivo en cuestión que, salvo en el caso de la desestimación por haber sido resuelto el tema en “casos análogos” (v. *infra*, ap. 4.4), no fue pensado como instrumento de resolución de mérito. Por otra parte, si bien es cierto que el legislador no ha utilizado la expresión “requisitos de admisibilidad” sino la de “requisitos esenciales” (que parecería más amplia), no lo es menos que ambas locuciones son compatibles y que la técnica utilizada puede explicarse en la tendencia a evitar discusiones relativas a la naturaleza de los recaudos omitidos como “de admisibilidad” en sentido estricto.

Dos acotaciones cabe formular frente a la hermenéutica que adoptamos. En primer lugar, que, así interpretada, esta parcela el art 31 bis de la LOPJ no comporta una transformación sustancial del régimen recursivo local, ya que sólo ha innovado en lo relativo a la motivación de la resolución desestimatoria, carga que se acota aun más de lo que es usual en este ámbito¹⁰⁰³ (a continuación haremos alguna referencia sobre este tema). En lo demás, no hay mayores novedades, ya que la posibilidad de declarar la inexistencia de los recaudos de admisibilidad del recurso en cualquier estado del trámite

⁹⁹⁹ Así, por ejemplo, en las hipótesis en que, durante el trámite del proceso, la ley pretendidamente inconstitucional es reformada en sintonía con el planteo articulado por el accionante (SCBA, A.71.050, “C., M. C/ I.O.M.A. s/ amparo”, 28-XII-2011, aplicando expresamente la causal estudiada como sustento de la declaración de abstracción del embate: “... por no reunir los requisitos esenciales, corresponde declarar que el planteo extraordinario ha perdido interés con motivo de la sanción de la ley 14.208 [conf. art. 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812]”; en similar sentido, v. *id.*, causa C. 98.881, “Cheliatti”, res. del 10-XI-2010).

¹⁰⁰⁰ V. C. 107.238, “Leitgeb”, res. del 17-II- 2010, desestimando por “ausencia de requisitos esenciales” los recursos extraordinarios de nulidad, inaplicabilidad de ley e inconstitucionalidad deducidos contra una sentencia no definitiva.

¹⁰⁰¹ V. SCBA, causas C. 102.708, “Panasiuk”22-IV-2009; C. 99.687, “Noto”, res. del 23-III- 2010 (aplicando la causal bajo estudio para desestimar recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, por no cumplir con el recaudo de la *suma gravaminis*); en el mismo sentido, advirtiendo la insuficiencia del valor del litigio y agregando que no se presenta ninguna de las hipótesis de excepción previstas para dicho recaudo en el procedimiento laboral (art. 55, primer párrafo *in fine*, de la ley 11.653): v SCBA, L. 112.787, “Bonifacio”, res. del 28-XII-2010; L. 115.734, “Hernández”res. del 29-II-2012; L. 116.278, “Fredes” y L. 116.152, “Almada”, ambas res. del 3-V-2012; L. 116.489, “Garmendia” y L. 116.430, “Raymundo”, ambas res. del 30-V-2012; L. 115.883, “Orellano”, res. del 23-V-2012, entre muchas otras.

¹⁰⁰² V. SCBA, causas C. 107.238, “Leitgeb”, cit.; C. 107.456, “Campo”, 14-IV-2010.

¹⁰⁰³ Es de advertir que, en la práctica, muchas de las resoluciones por las que la Suprema Corte declara la inadmisibilidad de los recursos, contienen una motivación algo mayor a la que otros tribunales utilizan para justificar este tipo de decisiones, especialmente en cuanto a la identificación de los antecedentes del caso concreto. Así, en dicho tipo de interlocutorios, se suele describir suscintamente el modo en que el caso ha sido resuelto por el *a quo*, el tipo de recurso incoado y la presencia o ausencia de las condiciones de admisibilidad respectivas (en este último aspecto central no se suelen dar mayores explicaciones, salvo en casos dudosos).

ya había sido reconocida en la jurisprudencia de la Suprema Corte (sin perjuicio de lo que ya hemos dicho acerca de los límites a dicha aparente amplitud en cuanto a la oportunidad para desechar recursos por este fundamento, v. *supra*, ap. 2). Es por ello que la Corte no acude frecuentemente al resorte de la “ausencia de recaudos esenciales” para desechar recursos que incumplen los clásicos presupuestos formales de admisibilidad (vg., plazo, legitimación, sentencia definitiva, depósito, *suma gravaminis*, etc.), para los que –repetimos- el ‘certiorari’ no brinda resortes demasiado novedosos.

En segundo lugar, corresponde advertir que la expresión “requisitos esenciales”, se superone parcialmente con otras de las causales específicas del ‘certiorari’. Así ocurre, por ejemplo, con el supuesto de rechazo por “fundamentación insuficiente” o “intrascendencia”, que pueden ser consideradas categorías de admisibilidad, por tratarse de falencias que impiden a la Corte conocer el mérito de la impugnación deducida. Independientemente de la discusión acerca del sentido y naturaleza de las causales respectivas (tema que abordamos en otro lugar: v. además de lo expresado en este apartado, *supra* capítulo cuarto, par. IV, ap. 4] e *infra* ap. 5]) lo cierto es que, en las hipótesis de superposición con otras de las categorías comprendidas en el art. 31 bis, la causal ahora examinada (falta de recaudos esenciales) constituye un género, que debería ceder frente a la presencia de una de las especies correspondientes de desestimación (vg., un recurso promiscuamente fundado, que puede ser desestimado acudiendo a la categoría de la “insuficiencia”¹⁰⁰⁴ o a la de ausencia de requisitos esenciales). La observación, vale reconocerlo, puede aparecer algo académica, dado que se trata -en definitiva- de la diferencia entre utilizar el género (falta de requisitos esenciales) o la especie (vg., insuficiencia) para desestimar el recurso por aplicación del art. 31 bis, sin que se ello se deriven mayores efectos prácticos. Es por ello que la Corte no siempre ha seguido ese purismo, acudiendo –por ejemplo- en algunas oportunidades a la causal de “ausencia de recaudos esenciales”, para desestimar recursos insuficientemente fundados¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰⁴ Como veremos, la SCBA ha aplicado la categoría de la inadmisibilidad al referirse a la promiscuidad de los recursos extraordinarios (Ac. 49.425, res. del 13-X-1992), aplicando en general la causal de “insuficiencia” contemplada en el art. 31 bis de la ley 5827 frente a dicho tipo de defectos (v. Ac. 104.641, “Di Matteo”, res. del 10-IX-2008; Ac. 103.637, “Zanotti”, res. del 11-III-2009; L. 91.837, “Santucho”, sent. del 13-V-2009; RI 112.360, “Fleming”, 13-X-2010; C. 113, res. del 15-IV-2011; C. 116.560, “Misenti”, res. del 30-V-2012, etc.).

¹⁰⁰⁵ Así, por ejemplo, en la causa C. 108.888, “Consortio de Propietarios Edificio Gigante”, res. del 17-VIII-2011, se desestimó por “ausencia de recaudos esenciales” un recurso de nulidad en el que, si bien se citaban

b) Motivación

Un reparo final cabe formular a la aplicación de esta causal, en lo referido a los alcances de la motivación de la decisión desestimatoria¹⁰⁰⁶. Dado que el precepto analizado autoriza en general a la SCBA a rechazar embates con la sola cita del artículo 31 bis y la “referencia a cualquiera de las circunstancias” aludidas en el mismo, parecería que el máximo tribunal bonaerense, al detectar la falta de cualquiera de las referidas condiciones de admisibilidad, podría denegar el recurso con una fórmula acotada al extremo, del estilo: “No hallándose reunidas condiciones de admisibilidad del recurso extraordinario deducido, que constituyen recaudos esenciales del mismo, se lo rechaza (art. 31 bis, ley 5827)”.

Sin embargo, entendemos que la motivación necesaria a la hora de aplicar esta causal, debe incluir expresamente la indicación del presupuesto de admisibilidad cuya ausencia se detecta, no bastando -por ello- con la sola mención de la hipótesis de ‘certiorari’ involucrada. Tal interpretación es la que impera en la praxis de la casación local y es, además, la que mejor armoniza los principios que se ponen en juego a la hora de definir los alcances del dispositivo analizado. Ello así, dado que modula el sentido de la previsión relativa a la posibilidad de fundar la decisión con la mera “referencia a las circunstancias precedentemente expuestas” (léase: la causal del ‘certiorari’ que corresponda según el caso), imponiéndole al alto cuerpo una carga de motivación mínima que incluye, en este caso, la indicación del presupuesto de admisibilidad incumplido. De este modo, la parte puede conocer cuál de los recaudos esenciales ha

los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial, no contaba en su desarrollo con agravios sustentados en el contenido normativo de dichos preceptos, haciéndose referencias genéricas a la ilegalidad del fallo o a la violación de garantías constitucionales. En similar sentido, v. SCBA causa C. 107.456, “Campo”, 14-IV-2010; C. 112.925, “G., M. R.”, res. del 3-XI-2010; C. 107.510, “Zamora”, res. del 2-III-2011; L. 115.883, “Orellano”, res. del 23-V-2012.

También en la causa Ac. 88.872, “Vilarcon S.R.L.”, res. del 6-VIII-2003, el máximo tribunal desestimó un recurso que padecía de una clásica deficiencia técnica como es la de omitir la cita legal de la norma infringida, entendiéndose que, por tal circunstancia, el embate no cumplía con la exigencia prevista en el art. 279 del ordenamiento adjetivo: “El recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto *no cumple con los requisitos* establecidos por el art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, desde que *no contiene en términos claros y concretos denuncia de norma legal* alguna como violada o erróneamente aplicada, por lo que corresponde desestimar la queja traída (arts. 31 bis, ley 5827, texto según ley 12.961; 292, C.P.C.C.)” (SCBA, causa cit.).

¹⁰⁰⁶ Nos dedicaremos más extensamente al tema de la motivación de la resolución que aplica el ‘certiorari’ local más adelante (v. *infra*, ap. 6]), quedando lo aquí expresado como la mera referencia a un aspecto particular de esta problemática, en lo concerniente a la causal que aquí se examina.

recaído en la mira de la Corte al resolver, sin que, en paralelo, ésta se vea afectada seriamente en sus condiciones materiales de trabajo.

4.3) *Fundamentación insuficiente.*

a) *Generalidades*

La suficiencia recursiva constituye una categoría por demás conocida en la teoría y práctica de la casación, tanto en nuestro medio como en el derecho comparado. En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el análisis relativo a la idoneidad técnica de cualquier recurso extraordinario comprende varias facetas vinculadas con la adecuada confección de la respectiva pieza procesal.

b) *Supuestos de insuficiencia.*

Al sólo efecto de alcanzar una mejor sistematización de las hipótesis de “insuficiencia” susceptibles de ser incluidas dentro del art. 31 bis de la ley 5827, aunque sin ánimo de crear compartimentos estancos dentro de dicha categoría, es posible reunir aquellas exigencias propias de la técnica impugnativa en dos grupos principales.

Por un lado, puede identificarse un grupo de *cargas adjetivas específicas* impuestas a quien procura la revisión de una sentencia ante la SCBA. Así, por ejemplo, la necesidad de citar la disposición legal presuntamente infringida, propia de la denuncia de violación o errónea aplicación de la norma, en el recurso de inaplicabilidad de ley (art. 279, CPCC)¹⁰⁰⁷. Como es conocido, el art. 279 del CPCC impone que la pieza por la que se

¹⁰⁰⁷ Es discutible la exigibilidad de esta carga (cita expresa de la norma legal presuntamente infringida) en el ámbito de los restantes recursos extraordinarios. Sin embargo, en materia civil, debe tenerse presente la remisión que los arts. 297 (relativo al recurso extraordinario de nulidad) y 300 (vinculado al recurso extraordinario de inconstitucionalidad) hacen al citado art. 279 (todos del CPCC).

En efecto el primero de los preceptos aludidos dispone que el art. 279 del CPCC resulta aplicable “en lo pertinente” al *recurso extraordinario de nulidad*, lo que podría llevar a pensar que también en este campo se impone la cita de la regla del derecho positivo que se reputa violada (en el recurso extraordinario de nulidad sería la disposición de la Carta Magna local que contempla la forma exigida para la sentencia, es decir, el art. 168 o el art. 171 de la Const. Pcial.). La referida remisión “en lo pertinente” que hace el art. 297 del CPCC al art. 279, da sustento bastante a la doctrina más estricta seguida por el Tribunal en la materia (v. Ac. 33.302 sent. del 23-VII-1985; Ac. 75.675, sent. del 23-VIII-2000; Ac. 89.841, sent. del 13-XII-2006; *en contra*: v. Ac. 51.762, sent. del 15-VIII-1995 y Ac. 89.841, cit. –disidencia del Dr. HITTERS-). Sin embargo, no debe desconocerse que en el campo del recurso de inaplicabilidad de ley, como las normas posibles infringidas son infinitas, la exigencia de mencionar la que se reputa quebrantada es más razonable que en la variante recursiva que venimos estudiando, cuyos motivos limitan el elenco de preceptos violados a dos (arts. 168 ó 171, Const. Pcial.). Esto podría llevar a pensar que la exigencia técnica del art. 279 no es “pertinente” en el ámbito nulitivo extraordinario (conf. art. 297, ord. cit) ya que éste es ajeno a la función nomofiláctica del recurso de inaplicabilidad de ley, no haciéndose imprescindible –por ende- la aludida formalidad (dicha línea de pensamiento es la que inspira en parte a la posición del Dr. HITTERS en las citadas causas Ac. 51.762 –por

incoa dicha vía, contenga la mención de la ley o doctrina legal que se reputa violada, no pudiendo la Corte suplir dicho déficit por inferencia o interpretación¹⁰⁰⁸. La omisión de esa carga formal sella la suerte del embate, independientemente del acierto o profundidad de la argumentación ensayada (tema al que nos referiremos en el siguiente inciso).

A diferencia de lo que ocurre en el régimen federal (v. CSN, Acordada 4/07 –v. *supra*, capítulo cuarto, par. V, esp. ap. b), los recursos extraordinarios en la Provincia de Buenos Aires no tienen un tope máximo de páginas dentro de las cuales el quejoso deba desplegar su discurso, previsión que, de instalarse en el futuro, ingresaría también en esta primera categoría de recaudos técnicos, primordialmente adjetivos o procedimentales.

La segunda variante reconocible de exigencias vinculadas con la suficiencia de los recursos extraordinarios, va más allá de la mera introducción de referencias normativas, para referirse a la *estrategia argumental* del quejoso. En efecto, para cuestionar adecuadamente una decisión jurisdiccional no basta con la mera cita de disposiciones legales ya que la crítica introducida en los recursos extraordinarios debe ser clara y precisa (art. 279, CPCC).

mayoría- y Ac. 89.841 –en disidencia-). Para no exceder los confines de este trabajo, remitimos al análisis desarrollado sobre el punto en GIANNINI, Leandro J., “El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires (algunos aspectos técnicos)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, v. 2007-1, Nulidades, pp. 291-345, (esp. pp. 298-302).

En el ámbito del *recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, la previsión es más fuerte, ya que la remisión al art. 279 del CPCN no es “en lo pertinente”, sino que directamente se dispone que el recurso se interpondrá “en la forma prevista” en el citado dispositivo. Sin embargo, las vacilaciones sobre el punto se mantienen. Ver en tal sentido la opinión de TESSONE, quien considera que un planteo constitucional “para ser técnicamente idóneo”, requiere –entre otras circunstancias- “la cita precisa de las normas infraconstitucionales y de las cláusulas de la Constitución involucradas”, aunque acto seguido aclara que “en la práctica, puede que el juicio de admisibilidad se flexibilice, resultando eficaz el planteo que no individualiza la norma constitucional” (TESSONE, Alberto, *Recursos extraordinarios. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Platense, La Plata, 2007, p. 132). La Corte debatió el tema en la causa P. 75.239, “C., S.”, sent. del 6-IX-2000, en la que –por mayoría [voto del Dr. LABORDE, seguido por los Dres. PISANO, PETTIGIANI, HITTERS y SALAS]- se impuso la corriente más estricta (exigibilidad de la cita de la norma constitucional), frente a la postura minoritaria [voto del Dr. GHIONE, seguido por el Dr. DE LÁZZARI], según la cual dicha carga es sólo aplicable al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley y ajeno, en consecuencia, al de inconstitucionalidad.

¹⁰⁰⁸ Conf. Ac. 34.672, sent. del 5-XI-1985; Ac. 49.703, sent. del 22-IX-1992; L. 79.507, sent. del 1-III-2004. De allí que su insuficiencia “sea insalvable cuando no alega la transgresión de norma legal alguna, pues la Corte no puede suplir, por inferencia o interpretación, la omisión de las citas legales que debieron efectuarse, ni menos aún declarar oficiosamente la violación de algún precepto legal no invocado” (conf. SCBA, Ac. 49.882, sent. del 10-XI-1992; Ac. 68.209, sent. del 23-II-1999; Ac. 82.961, sent. del 11-IX-2002; Ac. 89.138, res. del 9-X-2003; Ac. 91.333, sent. del 9-XI-2005; Ac. 89.392, sent. del 5-IV-2006; C. 108.380, sent. del 5-X-2011, etc.).

Cierto es que esta exigencia rige también en el ámbito de la apelación ordinaria (art. 260, CPCC). Ahora bien, pese a dicha homogeneidad existente entre los citados géneros recursivos (ordinarios y extraordinarios), la Corte se ha encargado de enfatizar que en casación corresponde aplicar un *mayor rigor en la inspección relativa a las cargas técnicas* del embate, criterio precisamente apoyado en la cualidad “extraordinaria” de tales medios de impugnación¹⁰⁰⁹.

Para cumplir con las pautas referidas, el discurso impugnativo debe ser concreto y autosuficiente ¹⁰¹⁰ (sin perjuicio de la posibilidad de adherir al recurso de un litisconsorte¹⁰¹¹), conteniendo la demostración acabada del yerro que se imputa al fallo. Se trata de un parámetro que juega un rol decisivo en una enorme cantidad de

¹⁰⁰⁹ En dicho orden de consideraciones, ha señalado el máximo tribunal bonaerense que “por ser el recurso de inaplicabilidad de ley una vía extraordinaria los requisitos del art. 279 del Código Procesal Civil y Comercial, en cuanto estrictas cargas procesales para el recurrente, deben cumplimentarse con toda idoneidad” (Ac. 32.133, sent. del 26-VI-1984), agregando con mayor énfasis que “una de las características específicas de la instancia extraordinaria está dada por la mayor exigencia en cuanto a las cargas procesales que deben ser idóneamente abastecidas para transitar con éxito en casación” (SCBA, Ac. 88.916, sent. del 14-IX-2005; SCBA, Ac. 86.835, sent. del 9-VIII-2006; C. 97.720, sent. del 12-XI-2008; A. 68.035, sent. del 5-III-2008; SCBA, A. 69.506, sent. del 1-IV-2009, etc.).

Sin perjuicio de ello, son de recordar las palabras de HITTERS, quien con claridad ha despejado toda posible desviación de dicha nota “extraordinaria” con la que se califica a la casación, descartando que la misma pueda justificar interpretaciones restrictivas o excesos rituales: “La esencia ‘extraordinaria’ de la casación nada tiene que ver con el rigor formal del tribunal que la decide, porque la circunstancia de tratarse de una vía impugnatoria excepcional para nada autoriza al órgano a actuar en forma limitativa. La excepcionalidad hace a la regulación legal de los motivos, pero no a su interpretación restrictiva” (HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, 2º edición, 1998, p. 242, nota 3).

¹⁰¹⁰ No debe confundirse la autosuficiencia –identificada en general con la prohibición de remitir en el discurso a otras piezas procesales (v. SCBA causa P. 41.106, sent. del 5-III-1991; P. 70.189, sent. del 13-III-2002)- con la necesidad de transcribir la totalidad de los actos relevantes del proceso. Ayudados por los modernos medios informáticos que permiten en cuestión de segundos traspasar a un procesador de texto gran cantidad de escritos y resoluciones judiciales, algunos de quienes ingresan en la elaboración de recursos extraordinarios creen que el recaudo de la autosuficiencia queda abastecido por el hecho de “pegar” dichos textos en la parte preliminar (“antecedentes”) de esta clase de embate. A consecuencia de esa defectuosa tendencia, el discurrir del litigante se vuelve a veces tedioso e inconsistente, por no enfocar esa importante parcela del recurso (la reseña previa del caso) en las partes fundamentales del expediente. Como en el resto de los aspectos que hacen al talento forense, la *concreción* es una nota fundamental en la redacción del recurso extraordinario, exigencia que en modo alguno significa atemperar la carga de autosuficiencia.

¹⁰¹¹ Haciendo una aplicación estricta del recaudo del autoabastecimiento, en anteriores integraciones, la Suprema Corte local había considerado inadmisibles la adhesión de una parte al recurso interpuesto por un litisconsorte, ya que implicaba remisión a argumentos volcados en otra pieza que ni siquiera era propia (SCBA, Ac. 39.993, sent. del 16-V-1989 en *Ac. y Sent.* 1989-II-97; Ac. 41.765, sent. del 9-X-1990 en *Ac. y Sent.* 1990-III-624; Ac. 44.396, sent. del 2-VI-1992; Ac. 46.940, sent. del 29-III-1994). Sin embargo, esta tesitura fue justamente dejada de lado, ya que como señala el voto del doctor HITTERS que hizo mayoría en el precedente Ac. 62.093 (sent. del 2-III-1999), “la adhesión a un recurso extraordinario obrante en la causa, realizada por un litisconsorte resulta eficaz. Para qué hacerle repetir en forma textual lo que dice el otro, si ‘*brevitatis causa*’, puede adherirse a sus fundamentos evitando reiteraciones innecesarias o más bien superfluas. Si los jueces podemos adherir, por qué no pueden hacerlo las partes”

postulaciones llevadas a la instancia del máximo tribunal provincial¹⁰¹², que son masivamente desechadas por caer en defectos tales como: desentenderse de la estructura jurídica del fallo, apartándose de la idea rectora del mismo y de sus fundamentos esenciales, parcializando con ello su ataque¹⁰¹³; omitir hacerse cargo y rebatir frontalmente la línea argumental de la sentencia, pretendiendo mantener su impugnación mediante el desarrollo de su propia interpretación del tema¹⁰¹⁴; ensayar una mera discrepancia subjetiva con el criterio del tribunal de origen¹⁰¹⁵; replicar parcialmente los fundamentos del decisorio en crisis, dejando incólumes afirmaciones que le dan sustento bastante¹⁰¹⁶; reiterar las argumentaciones vertidas en escritos previos, sin impugnar eficazmente las conclusiones esenciales del fallo¹⁰¹⁷ o, en general, omitir la impugnación concreta, directa y eficaz de las motivaciones fundamentales del pronunciamiento objetado¹⁰¹⁸.

Otra hipótesis frecuente asociada con este segundo tipo de falencias (de índole primordialmente argumental), es la de la llamada *promiscuidad recursiva*. Se trata de un típico defecto técnico que no es raro de encontrar en los remedios extraordinarios locales y que responde a la confusión cometida por el quejoso a la hora de deslindar los motivos que habilitan el andamiaje de cada una de tales vías impugnativas.

Muchas veces dicha falencia resulta consecuencia directa del desconocimiento o de la desatención, lo que se exhibe con el caso más grave de insuficiencia por promiscuidad. En otras oportunidades, sin embargo, la tarea de deslinde no resulta para el recurrente tarea sencilla, como ocurre -por ejemplo- a la hora de determinar si un

¹⁰¹² Como veremos más adelante, la causal de insuficiencia predomina claramente como hipótesis de desestimación (vía ‘certiorari’) de los recursos extraordinarios. Así, por ejemplo, más de la mitad (55,46%) de los recursos de inaplicabilidad de ley que son rechazados vía ‘certiorari’, lo son por la causal de insuficiencia. Los recursos de inaplicabilidad de ley insuficientes constituyen, en general, el 36,34% de los casos de utilización del ‘certiorari’ por la Corte.

¹⁰¹³ SCBA, C. 115.997, “D.G.I.”, res. del 28-XII-2011; C. 116.374, “Busto”, res. del 28-XII-2011; C. 116.692, “G. F.”, res. del 3-V-2012, etc.

¹⁰¹⁴ V. SCBA, causas Ac. 85.405, “Colombo”, sent. del 31-III-2004; C. 99.148, “Nuozzi de Gallesse”, sent. del 11-VI-2008; C. 96.091, “Guevara”, sent. del 11-III-2009, entre otras.

¹⁰¹⁵ *Íd.*, causas L. 75.087, “Roldán”, sent. del 16-X-2002; L. 78.144, “Ortega”, sent. del 17-XII-2003; L. 87.578, “Juan”, sent. del 18-IV-2007; C. 105.184, “Moreno”, sent. del 19-V-2010, etc.

¹⁰¹⁶ *Íd.*, causas Ac. 62.752, “Obra Social para empleados de Comercio y Actividades Civiles”, sent. del 9-III-1999; C. 97.680, sent. del 29-XII-2008; Banco de la Provincia de Buenos Aires”; C. 99.099, “Tibaldi”, sent. del 1-IV-2009; C. 92.877, “Mondini”, sent. del 22-IX-2010, etc.

¹⁰¹⁷ *Íd.*, Ac. 48.987, sent. del 25-II-1992; Ac. 53.565, “Barnes”, sent. del 23-XI-1993; Ac. 79.699, “Colombo”, sent. del 19-II-2002; Ac. 91.605, “ICSASI S.A.”, sent. del 15-III-2006; C. 101.210, “Tomás Hermanos y Cía. S.A.”, sent. del 2-XII-2009, etc.

¹⁰¹⁸ C. 112.355, “Mayor”, res. del 1-IX-2010, entre muchas otras.

tema articulado y pasado por alto por el judicante, constituye una verdadera cuestión esencial (cuya omisión sería enjuiciable en casación mediante el recurso extraordinario de nulidad) o un argumento de hecho o de derecho (cuya preterición o desplazamiento, de ser relevante para la solución del litigio, debería ser abordada a través del recurso de inaplicabilidad de ley)¹⁰¹⁹. Algo parecido ocurre, para dar otro ejemplo habitual, en los supuestos de aguda pobreza argumental del decisorio, que puede colocar al quejoso en la disyuntiva de cuestionarlo por arbitrario (para lo cual deberá acudir a la casación por vicios *in iudicando*) o intentar invalidarlo por medio del recurso extraordinario de nulidad alegando “ausencia de fundamentación legal”, camino de éxito mucho más dudoso, de acuerdo con la jurisprudencia restrictiva de la Suprema Corte en la materia¹⁰²⁰.

Estas vicisitudes, propias del principio de unicidad vigente en materia recursiva¹⁰²¹, llevan en algunas situaciones grises a la interposición conjunta de ambos medios de impugnación, para quedar a cubierto acerca del andamiaje del agravio por alguno de los dos carriles intentados. Sin embargo, esta forma de proceder demanda en los letrados un esfuerzo técnico especial, consistente en determinar a qué medio corresponde la

¹⁰¹⁹ Hemos abordado esta huidiza distinción entre “cuestión” y “argumento”, dirimente en la Provincia de Buenos Aires a la hora de escoger la vía de impugnación destinada a remediar su omisión, en GIANNINI, Leandro J., “El recurso extraordinario de nulidad ...”, cit. esp. pp. 313-319, lugar al que remitimos para no exceder los límites de esta obra. V. asimismo: MORELLO, Augusto M., *La casación. Un modelo intermedio eficiente*, Platense, 2º ed., 2000, pp. 294-295 (refiriéndose a este tópico como uno de los “infinitos secretos de la Casación” y calificándolo como una de las dificultades que pueblan su territorio).

¹⁰²⁰ Nuevamente remitimos a lo expresado en GIANNINI, Leandro J., “El recurso extraordinario de nulidad ...”, cit. esp. pp. 333-337. La dificultad de determinar la vía adecuada para atacar sentencias que padecen de defectos serios de fundamentación, al punto de permitir cuestionarlas por carecer de dicho recaudo constitucional, es la razón principal por la que HITTERS ha considerado “cínica” a dicha causal de procedencia del recurso de nulidad extraordinario, postulando la modificación del sistema de la casación local en este aspecto (HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., pp. 658-659; v. también su opinión vertida en el mismo sentido, no ya en la órbita autoral sino como juez de la Suprema Corte en SCBA, causas Ac. 56.599, “Blanco”, sent. del 23-II-1999; P. 68.754, “A., F.”, sent. del 2-IV-2003), postura que hemos compartido en el artículo antes citado, aunque aclarando que tal reforma demandaría una enmienda de la Constitución provincial (GIANNINI, Leandro, ob. cit., pp. 335-336).

¹⁰²¹ Siguiendo las recordadas enseñanzas de HITTERS, el postulado de marras significa que cada providencia, generalmente, tolera un solo carril de impugnación y no varios. En materia extraordinaria esa máxima se observa con mayor nitidez ya que los recursos de inaplicabilidad de ley y de nulidad no son fungibles y, por lo tanto, contra un mismo fallo no se pueden interponer promiscuamente (v. HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos ordinarios*, ob. cit., 2º ed., 2004, § 12, p. 55). Sostuvo coincidentemente el aludido publicista –ya en la órbita de la magistratura– que en virtud del principio de unicidad de los recursos cada resolución judicialmente –generalmente– tolera un sólo carril de impugnación (su voto en el fallo de la SCBA L. 75.147, sent. del 6-VIII-2003; *id.*, por mayoría, en la causa C. 88.638, “Iezzi”, sent. del 5-III-2008; v. asimismo, SCBA C. 100.268, “Otoizaga”, sent. del 14-X-2009; RI 115.036, “Victorio”, res. del 14-IX-2011; RI 114.229, “Naranja”, res. del 26-X-2011, entre otras).

crítica respectiva. Se trata de una exigencia que, en definitiva, determina la idoneidad de intento para ser oído por la Corte¹⁰²².

Reiteradamente ha sostenido el tribunal superior bonaerense que son de tal manera distintas las fuentes de los medios de impugnación extraordinarias, que el hecho de pretender fundarlas en los mismos argumentos o entrelazándolos -salvo supuestos excepcionales- es totalmente inadmisibile¹⁰²³. La nota que define esta falencia técnica, en resumen, está dada por la imposibilidad de desentrañar a cuál de los medios de embate pertenece uno y otro recurso¹⁰²⁴, faena en la cual la Suprema Corte no acude, en general, a suplir a las partes¹⁰²⁵.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la deficiencia apuntada, si bien en algunas oportunidades la consecuencia que la Corte derivó al advertir dicha fusión indebida entre los recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, fue la desestimación del primero para pasar a entender en el segundo¹⁰²⁶, en otras -con un criterio más riguroso- fueron directamente rechazados los dos, sin entrar en mayores consideraciones sobre la procedencia de cualquiera de ellos¹⁰²⁷.

Se trata, en síntesis, de cargas técnicas propias un discurso impugnativo específico, como es el de los recursos extraordinarios, que resultan indispensables para su éxito.

c) ¿En qué innovó el art. 31 bis de la LOPJ?

¹⁰²² Cabe aclarar que ante la decisión de incoar ambos embates no es imprescindible su redacción en piezas separadas (conf. SCBA, causa Ac. 55.645, “EGEBA S.A.”, sent. del 5-IX-1995). Pueden incluirse ambos planteos en un mismo escrito, incluso con una recopilación de “antecedentes” común, pero debe estar acabadamente escindida la argumentación correspondiente a uno y otro remedio.

¹⁰²³ SCBA, Ac. 46.599, sent. del 10-VIII-1993; Ac. 50.762, sent. del 7-III-1995; Ac. 57.323, sent. del 13-II-1996; Ac. 61.024, sent. del 7-VII-1998, Ac. 91.830, sent. del 3-V-2006, C. 88.638, sent. del 5-III-2008; C. 104.549, sent. del 2-VII-2010; C. 105.563, res. del 2-III-2011; L. 104.329, sent. del 15-VI-2011, entre muchas otras.

¹⁰²⁴ SCBA, Ac. 45.213, sent. del 27-XII-1991; Ac. 91.830, sent. del 3-V-2006; L. 88.827, sent. del 14-X-2009; P. 108.362, res. del 8-II-2012.

¹⁰²⁵ En hipótesis de trascendencia institucional o frente a la protección de cierta categoría de derechos (vg., en materia previsional, cuando se cuestiona el régimen respectivo por discriminatorio, introduciéndose así una cuestión constitucional relevante), la Corte Suprema de la Nación ha impuesto a la SCBA flexibilizar la exigencia de unicidad (contracara de la promiscuidad, que constituye la faz negativa del tema examinado). Así lo ha resuelto respectivamente en las causas L. 1841. XL., “Lospice, Eduardo Marcelo c/ Institutos Médicos S.A. s/ ejecutivo”, sent. del 7 de abril de 2009 e Y.36.XLIII, “Yapur”, sent. del 28-VII-2009, “Fallos”, 332:1616, en los que el recurrente había planteado cuestiones de constitucionalidad federal, a través del recurso extraordinario de inconstitucionalidad local, que es ajeno a dicha clase de articulaciones.

¹⁰²⁶ Ac. 58.985, “Silva”, res. del 5-XII-1995; Ac. 82.741, “Marcone”, res. del 28-XI-2001.

¹⁰²⁷ V. Ac. 91.830, “N., M.”, sent. del 3-V-2006; C. 88.638, “Tezzi”, sent. del 5-III-2008; C. 104.549, “Bitar”, sent. del 2-VII-2010; C. 116.560, “Misenti”, res. del 30-V-2012.

Es precisamente el incumplimiento de las pautas precedentes, lo que da lugar a la utilización de la causal del art. 31 bis de la ley 5827 que estudiamos en este apartado¹⁰²⁸. Puede confirmarse, con ello, el diagnóstico que más de una vez ensayáramos en esta investigación, en el sentido que el precepto de marras sólo innovó en esta materia, en lo concerniente a la oportunidad en la que puede desestimarse un embate insuficiente (en cualquier estado del trámite) y en la atenuación de la motivación necesaria para pronunciarse de ese modo (luego de la reforma de la ley 13.812, basta la sola cita del artículo citado y la referencia a la causal correspondiente). No así en lo concerniente al presupuesto que debe verificarse para hacer uso del instrumento analizado que, en este punto, remite a una de las categorías más tradicionales del léxico casacional: la suficiencia recursiva.

d) Insuficiencia, improcedencia e intrascendencia. Necesidad de un adecuado deslinde.

La mayor sencillez y agilidad con la que la Corte puede resolver un caso aplicando el ‘certiorari’, acarrea el riesgo de expandir las categorías pertinentes para encasillar en los limbos de la insuficiencia, asuntos en los que se advierte *prima facie* la sinrazón de la queja. Dicho riesgo está facilitado por dos tendencias fundamentales derivadas de nuestra praxis casacional.

En primer lugar, la tradición de englobar en un mismo análisis la suficiencia del embate con su mérito o acierto, criterio con el que muchas veces son desestimados embates idóneamente elaborados, pero que no merecen acogida por carecer de razón fondal. Es de recordar en este punto que la “improcedencia manifiesta” del recurso (no justificada en las falencias técnicas de la pieza en tratamiento o en la existencia de precedentes de la Corte contrarios a la posición recursiva), carece en la Provincia de Buenos Aires de recepción como causal específica o autónoma de aplicación del filtro previsto en el art. 31 bis de la ley 5827, a diferencia de lo que sucede en otros regímenes

¹⁰²⁸ Desde la entrada en vigencia de la ley 12.961, la Corte ha reiteradamente aplicado el artículo 31 bis de la LOPJ para rechazar embates marcados por dicho tipo de déficit, siendo la causal más utilizada en sus orígenes y hasta la actualidad. Así, por ejemplo, cuando el recurso extraordinario cuya denegación motivara la queja deducida ante sus estrados, no contiene en términos claros y concretos denuncia de norma legal alguna como violada o erróneamente aplicada (v. SCBA, Ac. 88.872, “V., S.”, res. del 6-VIII-2003; B. 68.744, “M., E.”, sent. del 9-VIII-2006); cuando el quejoso denuncia la violación de doctrina legal de la Corte que no identifica ni explica el modo en que había sido vulnerada (C. 107.750, res. del “Dilernio”6-VI-2012); o se desentiende de los argumentos que vertebraran la sentencia recurrida y soslaya la crítica frontal, razonada y seria de todas sus motivaciones (B. 68.744, “M., E.”, sent. del 9-VIII-2006); en los casos de fundamentación promiscua (L. 91.837, “Santucho”, sent. del 13-V-2009), etc.

(vg., Italia, v. *supra*, capítulo tercero, par. V, ap. 4.2] y en Francia, según la interpretación dada al recaudo de la “seriedad” de los motivos en casación –v. *supra*, íd., par. ap. 5.2.c]).

A falta de una previsión de ese tenor, existe cierta propensión hacia el uso de la categoría de la “insuficiencia” como sustento del rechazo de recursos de ese tenor. La tendencia se advierte especialmente –aunque no exclusivamente- frente a la denuncia por el quejoso de absurdo o arbitrariedad en el fallo en crisis, doctrinas mediante las cuales –como es sabido- se pretende revisar excepcionalmente ante la Corte errores de hecho y prueba que se exhiban intolerables por su gravedad y evidencia. En tales casos, es frecuente encontrar decisiones de la SCBA por las que se desestiman los recursos extraordinarios afirmando que el vicio en cuestión “no ha sido demostrado” y aplicando inmediatamente el art. 31 bis en atención a la insuficiencia del embate¹⁰²⁹. Como ha sido señalado en alguna oportunidad, ello puede responder a la utilización impropia de la voz “insuficiencia” para calificar recursos que, pese a ser técnicamente idóneos, no llega a convencer a la Corte del yerro normativo denunciado. Se dice en tales casos que el embate es “insuficiente” para demostrar dicho error, pese a que la técnica empleada por el impugnante no merezca reparos específicos (vg., se han citado las normas legales denunciadas, se han abordado críticamente todos los pilares argumentales de la decisión, desarrollando fundamentos adecuados para sustentar la

¹⁰²⁹ Para referenciar algún precedente en el que se advierta, en la fundamentación del fallo, un uso indistinto de las categorías de la insuficiencia y de la improcedencia al aplicar el art. 31 bis de la LOPJ, puede acudirse ejemplificativamente al precedente C. 105.712, “Curiel”, res. del 25-II-2009. Se trataba de un recurso extraordinario en el que se denunciaba la “arbitrariedad” de la sentencia con sustento en la “errónea interpretación y aplicación de los arts. 1109 1113 del Código Civil en lo que respecta a la determinación del nexo de causalidad de la responsabilidad reprochada a la demandada”. La SCBA desestimó el embate expresando que “en forma reiterada [aquella] ha rechazado recursos en los que no se demuestran los agravios planteados”, concluyendo: “por ello, atento a que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ha sido insuficientemente fundado, se lo rechaza (art. 31 bis, ley 5827, texto según ley 12.961, modif. ley 13.812)”. Posiblemente en el caso el embate no tradujera una crítica adecuada y con ello se ganaba correctamente el reproche final de la “insuficiencia”. Lo que seguramente no justifica dicha calificación es la sola circunstancia de que el recurrente “no demuestre los agravios planteados”, ya que es posible que un buen recurso no cumpla con dicha condición y, por ello, deba ser desestimado en el mérito y no tachado de insuficiente (siempre, claro está, que el caso haya sido previamente considerado trascendente para abrir las compuertas de la casación).

En similar sentido, afirmando que el absurdo o la arbitrariedad no han sido “demostrados” y rechazando inmediatamente el recurso extraordinario por “insuficiente” (art. 31, LOPJ), v. SCBA, causas C. 116.421, “Echarri”, res. del 9-XI-2011; C. 116.156, “Gauna”, res. del 7-III-2012; C. 116.212, “Calviño” y C. 116.633, “Yannibelli”, ambas res. del 9-V-2012, entre muchas otras.

posición defendida, pero el alto cuerpo no comparte dicha tesitura y por eso rechaza el recurso). Lo que, en puridad, equivale a decir que la impugnación es improcedente¹⁰³⁰.

Tracciona en esa misma dirección la renuencia del alto cuerpo a aplicar la categoría de la “intrascendencia” como parámetro de selección de causas. En efecto, la ausencia de un desarrollo sistemático del filtro basado en la relevancia de las cuestiones debatidas, puede predisponer al operador a encontrar en la “insuficiencia” del embate un resorte menos “agresivo” para descargar su agenda. De este modo, el rechazo luce menos discrecional y más apegado a criterios técnicos de valoración, dado que se afina en la deficiente calidad del escrito impugnativo, que constituye una categoría por demás tradicional en el ámbito de la casación.

Entendemos que debe evitarse la confusión entre las categorías de la intrascendencia, la insuficiencia y la improcedencia. Las dos primeras constituyen motivos idóneos para aplicar el art. 31 bis de la ley 5827; la tercera, no. Sólo en ello, sin embargo, se asemejan los primeros dos motivos (intrascendencia e insuficiencia), ya que en lo restante demandan un análisis abiertamente divergente. Por ello, no cabe aludir a la “insuficiencia” del embate cuando, pese a haber sido idóneamente planteado: i) recaiga sobre un asunto que carezca de la relevancia necesaria para llamar la atención del alto cuerpo (caso en el que corresponderá acudir a la “intrascendencia” como sustento del rechazo); o ii) se advierta inicialmente que no le asiste razón en su pretensión revocatoria (hipótesis de improcedencia, que deberá ser valorada en la sentencia definitiva).

¹⁰³⁰ Puede citarse en tal sentido las palabras del doctor GENOUD, quien, actuando como juez de la Corte bonaerense, explicó dicha diferencia en estos términos: “El señor Subprocurador General ha dictaminado aconsejando el rechazo del recurso. Concuero con esa solución, aunque -a diferencia del nombrado funcionario- estimo que los argumentos de la parte merecen tratamiento. El recurso es insuficiente en el sentido (no técnico) de que a mi juicio no logra demostrar los errores que alega la parte. Sin embargo *el significado jurídico de la suficiencia* es otro, y *depende de la existencia de una crítica integral, concreta, y razonada de los fundamentos del fallo* que sostienen la decisión que causa agravio a la parte (art. 279, C.P.C.C. [...]). *Que ese intento sea ‘suficiente’ para convencer, ya es una cuestión que hace a la procedencia del recurso, pero que no puede servir para evaluar el cumplimiento de las cargas técnicas*: éstas se refieren al intento en sí mismo, y no a su logro (SCBA, causa C. 98.882, “Eliás”, sent. del 2-III-2011, voto del Dr. GENOUD, seguido por los Dres. PETTIGIANI y DE LÁZZARI –énfasis agregado-). Cabe señalar que la mayoría en ese caso –Dres. SORIA, NEGRI, HITTERS y KOGAN-, consideraron que el recurso extraordinario era verdaderamente insuficiente, es decir, que incumplía las condiciones técnicas necesarias para recurrir en casación, por lo que la diferencia entre ambas posturas se enfocó en la distinta valoración de la suficiencia técnica del recurso deducido en el caso concreto, aspecto sobre el que resulta imposible que nos expidamos. Lo que sí subsiste y resulta interesante destacar del pronunciamiento minoritario, es la necesidad de distinguir conceptualmente a la “insuficiencia” entendida en sentido propio (inidoneidad técnica) e impropio (improcedencia), ya que -como se explica en el texto- sólo la primera actúa como motivo de aplicación del art. 31 bis de la ley 5827.

En síntesis, si se trata de un asunto que la Corte no juzga que tenga entidad suficiente para ser resuelta en el fondo por un tribunal superior, debe acudir al examen de trascendencia, al que nos dedicaremos más adelante. Del mismo modo, si advierte en un primer estudio del embate que, pese a no padecer deficiencias técnicas, será de todas maneras desestimado. En este último supuesto, superado el valladar de la “intrascendencia” y de la “insuficiencia”, la causa deberá necesariamente ser resuelta en el fondo, a través de una sentencia definitiva emanada del acuerdo de sus ministros, que (obvio es decirlo) no necesariamente hará lugar a la impugnación, dado que podrá desestimarla, sin que dicha solución responda a defecto postulatorio alguno.

No debe entenderse lo expresado como una arenga tendiente a la flexibilización del estudio de la idoneidad de la pieza recursiva en casación. Es por demás sabido por quienes conocen el arte de litigar ante las máximas instancias jurisdiccionales, que demasiadas veces la técnica impugnativa extraordinaria se exhibe francamente deficitaria. En tales casos, indudablemente corresponde acudir a la causal aquí examinada para desatender asuntos que no necesitan ser resueltos en el mérito, en atención a la falencia discursiva del embate. Lo que debe evitarse, repetimos, es la utilización indistinta de las categorías explicadas o, en otras palabras, la sobreexposición de la causal de insuficiencia como argumento desestimatorio de recursos que, pese a cumplir con las cualidades técnicas propias de esta clase de presentación, no son dignas de ingresar en casación o se muestran *prima facie* improcedentes¹⁰³¹.

4.4) Casos sustancialmente análogos.

a) Generalidades

Nos encontramos aquí ante una de las hipótesis más frecuentemente adoptadas en el derecho comparado para aligerar la carga de trabajo de los superiores tribunales. Tal como sucede con el motivo de “insuficiencia”, la finalidad del supuesto ahora examinado no es acordar al máximo tribunal una herramienta para seleccionar los casos a decidir, sino para juzgar anticipadamente asuntos de menor compelidad, mediante un trámite y motivación simplificados.

¹⁰³¹ Lo expuesto no impide reconocer a la Suprema Corte la posibilidad de escoger el motivo de la desestimación cuando, por ejemplo, se vea enfrentado a un recurso “insuficiente” en un caso que, a la vez, sea “intrascendente”. En tal hipótesis, no se daría un caso de confusión entre ambos motivos, sino de elección facultativa una vez hecho el deslinde correspondiente.

En tal sentido, el art. 31 bis permite acoger o desestimar, en cualquier estado del trámite (con la salvedad explicada *supra* para los casos de procedencia del recurso, en los que se impone salvaguardar el contradictorio antes de resolver, v. ap. 2.3), aquellos recursos que porten temas análogos a los resueltos en anteriores oportunidades.

b) Configuración. Paralelo con las “cuestiones federales insustanciales”.

Integrando el texto de los párrafos primero y tercero del citado precepto, queda identificado el perfil de esta causal en la Provincia de Buenos Aires:

“Artículo 31 bis: En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que los recursos extraordinarios de nulidad, de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley o doctrina legal [...] plantean agravios desestimados por el mismo tribunal en otros casos análogos [...] podrá rechazarlos con la sola invocación de la presente norma y la referencia a cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas.

[...]

La Suprema Corte de Justicia podrá hacer lugar a los recursos extraordinarios de nulidad, de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, cuando hubiese estimado otros recursos en casos sustancialmente análogos. En tal supuesto se considerará suficiente fundamento la referencia a los precedentes aplicados y la cita del presente texto legal”.

Como puede advertirse, la configuración de la hipótesis de ‘certiorari’ aquí examinada guarda similitud con el desarrollo que, en el régimen federal (siguiendo la jurisprudencia norteamericana), ha tenido el concepto de “cuestión federal insustancial”, que habilita el rechazo liminar del recurso extraordinario federal en los términos del art. 280 del CPCN (v. *supra*, cap. IV, ap. 3.2). Como fuera recordado en dicha oportunidad, la Corte Suprema ha definido hace tiempo a la cuestión federal “insustancial” como aquella respecto de la cual existe *una clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de indudable aplicación al caso y el recurso carece de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla*, lo cual impide cualquier controversia seria respecto a su solución.

Sin embargo, existen ciertas diferencias derivadas de la formulación adoptada por el art. 31 bis de la ley 5827, que demanda algunas precisiones adicionales.

La primera distinción entre los regímenes federal y local en esta materia, es la inclusión expresa del uso “positivo” del parámetro examinado. Es decir, la posibilidad de utilizarlo no sólo para *desestimar* recursos sobre temas repetitivos, sino también para *acogerlos* (con la consecuente revocación total o parcial de la sentencia)¹⁰³². Se trata, de todos modos, de una disparidad principalmente lexicográfica, ya que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación abundan ejemplos de decisiones por las que se hace lugar a los recursos y se revierten las sentencias atacadas, mediante la mera remisión a lo resuelto en anteriores precedentes¹⁰³³. La premisa de la que implícitamente se parte para proceder de dicho modo es que, en tales hipótesis, la técnica de remisión abastece la exigencia de motivación necesaria para pronunciarse definitivamente.

Incluso, en lo que podría ser visto como un fenómeno paradójico, se observa en ciertos casos un uso más extenso de esta variante “positiva” o “revocatoria” por parte del máximo tribunal federal (que –repetimos- carece de habilitación expresa para actuar de este modo) que en la Corte bonaerense (que posee explícitamente esta potestad desde la reforma de 2008¹⁰³⁴). Nos referimos a los supuestos de resolución “masiva” de expedientes a través de una sentencia concentrada idéntica a todos ellos¹⁰³⁵. En la Provincia de Buenos Aires, la SCBA no suele acudir a esta técnica de resolución grupal de varios asuntos en una misma sentencia. Al aplicar el art. 31 bis de

¹⁰³² La SCBA ha incluso aplicado en alguna oportunidad esta variante de ‘certiorari’ no ya para acoger ni para desestimar el recurso deducido, sino para declarar de oficio la incompetencia de la justicia local en el caso y ordenar la remisión de las actuaciones al fuero federal (v. SCBA Ac. 88.763, “Z., R.”, res. del 27-IV-2004; Ac. 93.479, “F., W.”, res. del 23-II-2005).

¹⁰³³ V., entre los múltiples ejemplos que pueden citarse de utilización de la técnica de remisión para declarar *procedentes* los recursos interpuestos y revocar la sentencia de grado en la órbita federal: CSN, causas C. 1916. XL, “Conso”, sent. del 29-III-2005; O.183. XLIII, “Ortín”, sent. del 12-VIII-2008; L.753.XLII, “Laboratorios Argenpack S.A.”, sent. del 18-XI-2008, etc.

¹⁰³⁴ Pese a que la variante “positiva” de resolución anticipada en casos análogos fue recién incorporada explícitamente en el ordenamiento provincial con la reforma de ley 13.812, la Suprema Corte había hecho una formulación extensiva del texto precedente (ley 12.961), que sólo contemplaba la hipótesis de “desestimación”. Así, en la causa Ac. 83.889 (“Recurso de Casación interpuesto por particular damnificado en causa 2424”, res. del 3-XII-2003), el cimero cuerpo resolvió acoger el embate en tratamiento con remisión a lo resuelto en otros precedentes, invocando a tales efectos “razones de celeridad y economía procesal” y sustentando normativamente dicho proceder en lo normado por el art. 31 bis, ley 5827 (texto según ley 12.961). Aunque, por el modo en que se introdujo la cita normativa (con el clásico prefijo “arg.”) parece quedar aclarado que dicho precepto sólo brinda un “argumento” para actuar de ese modo, sin estar explícitamente contemplada la herramienta examinada para tal clase de situaciones.

¹⁰³⁵ V., entre otros: CSN, causas S.1125. XLIV(y otros), “Stábile”, sent. del 20-III- 2012 (resolviendo más de 20 causas por remisión a lo resuelto en el caso M.336.XLIV, “Molina”, sent. del 6-III-2012); A.43.XLVI (y otros) “Altamirano”, sent. del 15-V-2012, resolviendo alrededor de 46 casos por remisión a la doctrina sentada en “Fallos” 334:275 [2011] y en la causa Z.115.XLVI “Zanotti” sent. del 17-IV-2012, etc.

la ley 5827 en casos “sustancialmente análogos”, lo hace frecuentemente de modo individual, asunto por asunto, con remisión al (o a los) precedente(s) respectivo(s). Se trata, de todos modos, de una divergencia de estilo que, finalmente, no se traduce en una distinción radical respecto de los efectos de una y otra forma de resolución.

Otras diferencias entre el régimen federal y el estadual en esta materia merecen mayor atención, porque pueden repercutir en la configuración misma de la causal examinada, así como en la técnica exigida al recurrente para evitar quedar atrapado en esta hipótesis de desestimación fulminante, susceptible de ser adoptada liminarmente con la sola remisión a fallos anteriores.

No referimos, por un lado, a la *discusión sobre la necesidad de que la jurisprudencia a la que se remite sea reiterada o esté consolidada* para poder hacer aplicación del precepto local y, por el otro, a la *posibilidad de sortear el uso negativo del certiorari alegando fundamentos novedosos o relevantes* para revertir la doctrina precedente. Examinaremos a continuación el primer punto. El segundo interrogante será analizado autónomamente más adelante (v. *infra*, ap. 4.5), dado que incide directamente en la discusión sobre la autonomía de las “cuestiones insustanciales” como motivo de aplicación del art. 31 bis de la LOPJ (es decir, en la posibilidad de distinguir dicha categoría de la causal que explicamos en este apartado).

Veamos entonces qué clase de precedentes son los que posibilitan el uso del citado dispositivo en la casación bonaerense.

c) Casos análogos y doctrina legal (distinción). Quid de la estabilidad o reiteración de la jurisprudencia y de la materia sobre la que debe versar la misma.

Como fuera anticipado, la formulación consagrada en reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de la Nación, en el ámbito del recurso extraordinario federal, pone en juego la categoría de las “cuestiones federales insustanciales”, cuando *una clara y reiterada jurisprudencia* del máximo tribunal, de indudable aplicación al caso, impide toda discusión seria sobre el tema.

Un mero cotejo de dicho enunciado con el texto de la ley 5827, permite advertir que, en el régimen local, no se exige la presencia de un criterio pretoriano estable, repetido o consolidado, para acudir al ‘certiorari’. Basta, por el contrario, con la mera existencia de “casos sustancialmente análogos” al que se lleva a su conocimiento.

La pregunta que cabe formular entonces es si tal diferencia entre las fórmulas identificadas, impacta en la configuración de la causal pertinente. O, en otras palabras: si en la Provincia de Buenos Aires también es exigible dicha reiteración de precedentes sobre la cuestión litigiosa, para aplicar el ‘certiorari’ (sea en su faz “positiva” como “negativa”).

Dicho interrogante nos lleva inicialmente a explorar la definición que la Corte ha dado de aquello que cabe considerar “doctrina legal” vinculante, para ver posteriormente si tal conceptualización puede ser útil para determinar los alcances de la norma examinada.

En tal sentido, es de recordar que el concepto de doctrina legal, pilar del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de reconocida fuente hispana¹⁰³⁶, ha ido variando en el tiempo, aunque desde hace ya décadas se ha consolidado la postura según la cual la misma se ciñe a la jurisprudencia emanada de la Suprema Corte provincial¹⁰³⁷, siempre que la misma se encuentre vigente (es decir, que no haya sido dejada de lado al momento de interponerse el citado medio de embate¹⁰³⁸). Queda entonces claro que, de conformidad con la ya clásica postura del máximo tribunal bonaerense (cuyo acierto no será materia de examen en esta obra) sólo la violación o errónea interpretación de sus propios precedentes da lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

La duda que se mantiene es si, además de tratarse del criterio actual del cuerpo cimero, el mismo debe estar apuntocado por una serie más o menos estable de pronunciamientos concordantes, para que pueda entenderse que existe doctrina legal en la materia. La respuesta debe a nuestro juicio ser negativa. Es de compartir en este

¹⁰³⁶ V. HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., pp. 288-294; CONDORELLI, Epifanio, “Reflexiones en torno a la ‘doctrina legal’ a los fines del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la Provincia de Buenos Aires”, en *JA* 1981-III-738, esp. par. II; VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, *La casación civil ...* ob. cit., pp. 23-25; íd., “El modelo español de casación”, ob. cit., p. 375.

¹⁰³⁷ Queda así descartada la tesis que vincula a la doctrina legal con los principios generales del derecho (que en nuestro país ha sido sostenida por IBÁÑEZ FROCHAM en su clásica obra *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1° ed., 1957, § 220, pp. 315-316 y desconocida por la SCBA – v. Ac. 46.317, “Churin”, sent. del 2-VI-1992), así como la que considera incluida en dicha noción a la opinión académico-autoral de especialistas o a los precedentes emanados de tribunales diversos a la Suprema Corte (v. SCBA, Ac. 84.921, “Guiridilian”, sent. del 3-III-2004; Ac. 96.567, “Boiero”, sent. del 13-XII-2006; C. 93.011, “Batalat”, sent. del 27-II-2008; C. 104.884, “G., S.”, sent. del 3-XI-2010, entre otros), aun los que provienen de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. en este sentido, SCBA, Ac. 38.225, “Conde”, sent. del 1-IX-1987; Ac. 41.043, “Ganaderos de Toay”, sent. del 6-III-1990; Ac. 42.717, sent. del 23-VII-1991; C. 98.403, sent. del 9-VI-2010, etc.).

¹⁰³⁸ V. SCBA Ac. 40.719, “Ortiz”, sent. del 27-XII-1988; Ac. 58.939, “Núñez”, sent. del 23-III-1999.

sentido la opinión sostenida oportunamente por MERCADER quien, siendo juez de la Surpema Corte, enfatizó que el art. 279 del CPCC, al referirse al concepto de “doctrina legal”, no exige que la misma deba ser reiterada, unívoca o que haya sido ratificada posteriormente¹⁰³⁹. Por lo que, en definitiva, el último pronunciamiento del superior tribunal local sobre la materia controvertida sería suficiente para conformar dicha doctrina¹⁰⁴⁰.

Ahora bien, el art. 31 bis no acudió a la expresión “doctrina legal”, sino que condicionó la utilización del instrumento de marras a la circunstancia que el tema articulado haya sido resuelto en “casos sustancialmente análogos”. La omisión de una fraseología ya clásica en el ámbito del recurso extraordinario local (como es la de “doctrina legal”) y el uso del plural (al referirse a “casos canálogos”), no puede ser entendida simplemente como el fruto de un descuido o desapego a los antecedentes del instituto (lo que implicaría juzgar que, al expresar lo segundo, el legislador quiso decir lo primero). Por el contrario, podría válidamente entenderse que la ley 12.961 (*íd.*, ley 13.812) procuró acotar la aplicación de este mecanismo de resolución fondal “express” a situaciones en las que, el menos, el criterio jurisprudencial pertinente haya sido ratificado por la Suprema Corte en más de una oportunidad.

Este entendimiento implicaría escindir conceptualmente y dar autonomía a la hipótesis mentada por el art. 31 bis de la ley 5827 (“casos sustancialmente análogos”), respecto de la clásica noción aludida en el art. 279 del CPCC (“doctrina legal”), considerando que, en este aspecto (*quid* de la repetición de los precedentes necesarios para configurar una y otra categoría), la primera expresión es más acotada que la segunda. En efecto, sólo la reiteración del criterio jurisprudencial pertinente, daría lugar a la utilización del ‘certiorari’, mientras que bastaría con un solo fallo (el último dictado en la materia), para denunciar su infracción por medio del art. 279 del CPCC o para

¹⁰³⁹ “De ninguna manera surge ni de la norma procesal citada ni de estos fallos u otros análogos, que sea necesario que, para considerar doctrina legal a la interpretación que hace este tribunalde la ley, la misma deba ser reiterada. Un sólo fallo, interpretando una norma legal, debe ser considerado doctrina legal hasta tanto no sea modificado por otro posterior, no siendo menester -por lo dicho- que sea ‘ratificado’” (SCBA, Ac. 39.440, “Ayala de Barbero”, sent. del 27-II-1990, voto del Dr. MERCADER, seguido por los Dres. LABORDE, SALAS y SAN MARTÍN; en similar sentido v. SCBA causas Ac. 46.105, sent. del 22-IX-1992; Ac. 53.753 sent. del 4-IV-1995)

¹⁰⁴⁰ HITTERS ha considerado acertada la solución bonaerense, de no imponer de antemano una determinada cantidad de fallos (vg., dos o más sentencias en un mismo sentido) como condición para que se configure una doctrina legal susceptible de ser denunciada por vía del recurso analizado (HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, ob. cit., 2º ed., §84, pp. 340).

eximirse del recaudo del valor del litigio en materia laboral (conforme lo normado en art. 55 de la ley 11.653).

Sin embargo, la SCBA no ha seguido dicho criterio. Por el contrario, en algunas oportunidades la Corte ha aplicado esta variante de ‘certiorari’ acudiendo a un *único precedente análogo* como sustento de la resolución liminar de la cuestión llevada a sus estrados¹⁰⁴¹. Por lo que la disquisición previa, en la que debatiéramos la posibilidad de dotar de autonomía, en este punto, a la expresión contemplada en el art. 31 bis (“casos análogos”), respecto de la clásica noción de “doctrina legal”, parecería tener respuesta negativa (al menos implícita) en la jurisprudencia de la SCBA.

Existe otra faceta de la cláusula analizada en la que la fraseología del art. 31 bis es más amplia que la utilizada por el ordenamiento adjetivo civil. Nos referimos a la *materia* sobre la que debe versar la jurisprudencia respectiva (problema independiente del de la estabilidad o repetición de los precedentes).

En reiteradas oportunidades la Corte ha considerado que la doctrina legal a la que se refiere el art. 279 del CPCBA, es la producida por dicho cuerpo jurisdiccional mediante la *interpretación de las normas legales que rigen la relación sustancial* debatida en una determinada controversia¹⁰⁴². Independientemente del acierto o error de dicha interpretación restrictiva de la expresión “doctrina legal” (que parecería dejar afuera de dicha categoría a los precedentes vinculados a la hermenéutica de preceptos que rigen la

¹⁰⁴¹ V. SCBA, C. 115.388, “R. , M. A.”, res. del 21-XII-2011. En dicho precedente la Corte aplicó el art. 31 bis de la ley 5827 para hacer lugar a un recurso de inaplicabilidad de ley en el que se debatía el momento a partir del cual debe tenerse por disuelta la sociedad conyugal en los casos en que el divorcio es iniciado como contradictorio, para luego transformarse en divorcio por presentación conjunta. La SCBA se había pronunciado sobre el punto en la causa C. 95.953, “R. S., M.C.”, sent. del 14-IV-2010, considerando que la fecha de la notificación de la primera acción contenciosa (y no la de la presentación conjunta posterior) debía ser considerada como fecha de la disolución del vínculo a efectos de la liquidación de la sociedad conyugal. Al ser sometido el tema nuevamente a su conocimiento, el cimerio cuerpo consideró suficiente que el tema haya sido resuelto en dicho precedente, como para aplicar el art. 31 bis de la ley 5827, acudiéndose incluso al singular para justificar la decisión: “...Por ello, habiéndose planteado agravios acogidos por esta Corte en *caso análogo*, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto y, en consecuencia, se revoca el fallo del tribunal ...” (SCBA, causa C. 115.388, cit., énfasis agregado).

En el mismo sentido, v. SCBA causa C. 112.519, “Penise”, res. del 7-III-2012), en la que se acudió al art. 31 bis de la ley 5827 para desestimar el recurso allí deducido, por haber sido resuelto el tema en “un caso análogo” (se cita la causa C. 101.003, “Gabarrella”, sent. del 22-XII-2010, en la que se había sentado doctrina acerca de la imposibilidad de demostrar el mayor valor de los inmuebles integrantes del acervo sucesorio, para estimar la base de regulación de honorarios en dicho tipo de trámites, interpretándose así que el art. 35 de la ley 8904 contempla una excepción al régimen general del art. 27 del mismo cuerpo legal).

¹⁰⁴² Conf. SCBA, causas, Ac. 53.753, “Cooperativa Agrícola Limitada La Victoria”, sent. del 4-IV-1995; Ac. 81.843, sent. del 19-II-2002; Ac. 90.965, “Pais”, sent. del 30-XI-2005; Ac. 91.769, “Aguirre”, sent. del 13-IX-2006; L. 91.012, “Montiel”, sent. del 6-V-2009; C. 101.681, “O., M.”, sent. del 2-VII-2010; C. 101.779, “E., D.”, sent. del 22-XII-2010; C. 108.380, sent. del 5-X-2011; C. 116.212, “Calviño”, res. del 9-V-2012, etc.

relación *procesal*, no ya la relación “sustancial”¹⁰⁴³), lo cierto es que al sostenerse la autonomía de la expresión “temas resueltos en casos análogos” puede incluirse dentro de la misma a la *jurisprudencia sentada respecto de toda clase de normas, sea que se refieran a la relación jurídica sustancial o procesal*. La cláusula del art. 31 bis termina siendo, en tal sentido, más generosa, lo que constituye un acierto ya que, a la hora de acudir al mecanismo de resolución aquí examinado, no hay razones de peso que justifiquen distinguir los efectos que posee la interpretación que la Corte ha hecho sobre tópicos adjetivos o sustanciales.

Cabe finalmente hacer breve referencia a una situación atípica en la que la causal examinada fuera utilizada apelando no ya a precedentes de la SCBA, sino exclusivamente a fallos emanados de la CSJN que –como es sabido– no constituyen “doctrina legal” a los efectos del recurso de inaplicabilidad de ley¹⁰⁴⁴, ni están contemplados en la letra del art. 31 bis como sustento de la causal que venimos analizando. En alguna ocasión, en efecto, el alto cuerpo bonaerense hizo lugar al recurso de queja deducido contra una resolución dictada en un proceso de ejecución que no cumplía con el recaudo del valor del litigio, acudiendo a precedentes dictados

¹⁰⁴³ Profundizar en este tema nos llevaría fuera de los confines de esta investigación, por lo que no penetraremos aquí en el acierto del criterio referido, ni en el sentido preciso de la expresión adoptada por la Suprema Corte en los fallos citados en la nota anterior, al definir a la doctrina legal como aquella referida a “normas que rigen la relación sustancial”.

No creemos que, en materia *civil*, sea posible dividir la doctrina legal relativa a materias “sustanciales” y “procesales”, limitando la causal prevista en el art. 279 del CPCC sólo a las primeras. Diverso es lo que sucede en el ámbito *penal*, en el que el ordenamiento adjetivo limita expresamente el campo de acción del recurso extraordinario a los temas jurídicos fundados (art. 494, CPPBA, que se refiere a la doctrina legal sentada sobre la ley “sustantiva”), o en el del derecho *laboral*, en el que impera jurisprudencialmente un criterio restrictivo de la noción aludida, para evitar que la excepción a la *suma gravaminis* contemplada en el art. 55 de la ley 11.653, termine afectando la eficacia de dicho requisito patrimonial.

En el ámbito de la casación civil, repetimos, no se advierten razones suficientes para sostener tal entendimiento limitado de la noción de “doctrina legal” a los temas de derecho sustantivo. Especialmente teniendo en cuenta que, en muchos casos, el máximo tribunal ha denominado de ese modo a jurisprudencia sentada sobre tópicos estrictamente procesales. Incluso pueden recordarse precedentes en los que la SCBA ha debatido justamente los alcances de aquello que corresponde denominar “doctrina legal”, en asuntos en los que se cuestionaba el deconocimiento de su jurisprudencia sobre institutos típicamente adjetivos, como la caducidad de instancia (v. en tal sentido, SCBA, Ac. 39.440, “Ayala de Barbero”, sent. del 27-II-1990).

Siendo que, de todos modos, lo que aquí nos interesa es fundamentalmente la dogmática del art. 31 bis de la ley 5827, nos basta con deslindar en el texto los conceptos de “casos análogos” y “doctrina legal” asumiendo, como premisa, la vigencia del criterio restrictivo de interpretación de la segunda noción, según la formulación que, en tal sentido, viene utilizando desde hace tiempo la Suprema Corte.

¹⁰⁴⁴ SCBA, Ac. 46.142, sent. del 24-III-1992, “Camino de Caveggia”; Ac. 57.981, sent. del 27-XII-1996, “Mizuno”; Ac. 58.157, sent. del 4-XI-1997, “M., A.”; SCBA, C. 98.403, sent. del 9-VI-2010, “Uriz”; L. 95.769, sent. del 13-VII-2011, “S., C.”; A. 69.977, sent. del 30-XI-2011, “R., E.”; C. 116.212, res. del 9-V-2012, “Calviño”, etc.

por su par federal, en causas conexas a la decidida¹⁰⁴⁵. También lo ha hecho en sede penal, para revocar una sentencia que denegara el beneficio de la condena “en suspenso” (es decir, sin cumplimiento efectivo), sin motivar adecuadamente la resolución respectiva¹⁰⁴⁶. Se trata, de todos modos, de un criterio que no puede considerarse consolidado con carácter general. Por otro lado, como luego veremos (v. *infra*, ap. 4.5), cuando la existencia de precedentes emanados de la CSN sobre la materia controvertida permite rechazar el recurso extraordinario, puede acudir a la causal de “cuestiones insustanciales” también prevista en el art. 31 bis de la LOPJ, categoría que –de este modo, según la postura ensayada en el lugar al que se remite– mantiene cierta autonomía respecto del motivo ahora examinado (“casos análogos”).

d) La “analogía” necesaria para la aplicación del dispositivo.

Hemos puesto de relieve hasta aquí algunos aspectos interesantes de la parcela del art. 31 bis a la que dedicamos este párrafo, especialmente: i) el de la necesidad de que el criterio jurisprudencial de referencia haya sido ratificado como para que puede hablarse de “casos análogos”; y ii) el de la materia sobre la que pueden versar dichos precedentes (interpretación de normas que rigen la relación sustancial y procesal).

Queda ahora por indagar en un aspecto no menos importante, como es el de la determinación de la analogía necesaria para resolver un caso aplicando el dispositivo de marras.

La tarea de la Corte en este punto no difiere de la del intérprete de las fuentes jurisprudenciales en general. Es decir, que para que la Suprema Corte pueda aplicar el precepto analizado, acogiendo o desestimando un recurso por estar comprometido en el caso un tema debatido en asuntos similares, deben darse las mismas condiciones que se imponen a cualquier tribunal a la hora de valerse de criterios jurisprudenciales

¹⁰⁴⁵ V. SCBA causa C. 102.465, “Feltrin”, res. del 28-IX-2011, en la que la Corte sostuvo: “En atención a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas C. 92.206, ‘Feltrin, Alberto Juan y otro contra Banco Francés S.A. Ejecución de honorarios’ y C. 92.207, ‘Feltrin, Alberto Juan y otro contra Banco Francés S.A. Ejecución de honorarios’, ambas sent. del 22-V-2007, donde se trata la misma problemática que –en sustancia– aquí se encuentra involucrada, corresponde –tal como allí fuera ordenado y por iguales fundamentos– hacer lugar al recurso de hecho planteado y declarar admisible el extraordinario de inaplicabilidad de ley (conf. causas cit. de la Corte federal y art. 31 bis, ley 5827)”. En el mismo sentido, v. SCBA C. 96.199, “Feltrin”, res. del 15-XI-2011.

¹⁰⁴⁶ V. SCBA, causa P. 104.136, res. del 2-III-2011, en la que se acude al art. 31 bis de la ley 5827 para revocar la sentencia que se apartara de los lineamientos sentados por la CSN en la materia (causa G.772.XLIV, “G., J. M. s/ causa n° 97.999”, sent. del 4-V-2010), aunque sin hacer referencia a ninguna de las causales del citado precepto local.

propios o emanados de otros órganos jurisdiccionales, para justificar su decisión. La única diferencia que se da en el caso del art. 31 bis de la LOPJ (que no interesa en este apartado, dado que se trata de un aspecto formal diverso al examen de las condiciones intrínsecamente necesarias para acudir a la fuente jurisprudencial como base de la decisión) es la atenuación de la motivación pertinente, ya que basta con la cita de la norma de marras y la referencia al fallo respectivo.

¿Cuándo es entonces que un precedente de las características examinadas en los apartados anteriores, puede ser invocado como sustento para resolver un caso actual?

El tema ha sido materia de extenso análisis, ya que se trata de un tema propio de la teoría de la interpretación. Si bien no es éste el lugar de abarcar la totalidad de las reglas necesarias para la adecuada hermenéutica de una norma análoga¹⁰⁴⁷ (como es la sentencia –norma individual del caso anterior - al ser utilizada como argumento para el dictado de otra norma individual en un caso subsiguiente), interesa despejar los puntos centrales que reclama una adecuada utilización del precepto *sub examine*.

Tres tareas fundamentales debe concretar el intérprete de una sentencia (rol que cumple la SCBA cuando acude a sus propias decisiones en los términos del art. 31 bis), para valerse del criterio adoptado en un caso previamente resuelto, como fuente

¹⁰⁴⁷ Sobre el punto remitimos, en general, a TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 350-355; GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* [trad.: Jordi FERRER i BELTRÁN], Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 221-222; BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho* [trad.: Jorge GUERRERO R.], Temis, Bogotá, 2ª edición, 5ª reimpresión, 2005, pp. 233-238; ATIENZA, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986; PERELMAN, Ch. – OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* [trad.: Julia SEVILLA MUÑOZ], Gredos, Madrid, 1994 [orig.: Bruselas, 1989], pp.569-626; GARAY, Alberto, “Los precedentes de la Corte y la importancia de los hechos de cada caso”, en *JA* del 3-VIII-2011.

En cuanto a la utilización de este criterio de interpretación, es de destacar, inicialmente que el texto del art. 31 bis de la ley 5827 despeja toda duda acerca de la *suficiencia de la analogía como base para la utilización de precedentes jurisprudenciales*, sin necesidad de exigir “identidad” en los casos. No será necesario entonces indagar en el acierto de las posturas que, al examinar los alcances vinculantes de la doctrina legal de los superiores tribunales, han considerado que se reclama que los casos sean “idénticos”, sin que baste la simple “analogía” (v. FARIÉN GUILLÉN, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal*, v. II, p. 1040, cit. por HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., §81, p. 329, nota 127). La postura del autor español es seguida por HITTERS (*ibid.*), aunque de las palabras de este último parece surgir que la “identidad” es predicada respecto de las *razones* por las que en uno y otro caso puede resolverse siguiendo la misma regla hermenéutica, lo que -en puridad- flexibilizaría los alcances de dicha coincidencia absoluta (“identidad”) y permitiría de algún modo acudir al argumento analógico de acuerdo a las pautas que a continuación describimos en el texto.

material para dar respuesta a otro, que necesariamente será diverso en algunos aspectos, aunque pueda ser análogo en lo sustancial¹⁰⁴⁸.

La primera faceta de esta labor es la *determinación de la regla de derecho* que emana del fallo respectivo, la que -siguiendo los conceptos de PUIG BRUTAU, recordados por HITTERS- debe emanar de los “razonamientos que fueron base del esquema sentencial”, es decir, de sus fundamentos indispensables (*ratio decidendi*) y no de las argumentaciones incidentales (*obiter dicta*) expresadas “al pasar” en el decisorio¹⁰⁴⁹. Al extraer dicha “regla jurisprudencial”, se identifican naturalmente las condiciones de aplicación de la misma, que serán fundamentales en la siguiente fase del razonamiento.

El segundo aspecto fundamental de la operación analizada está dominado por el *paralelo* que debe formularse *entre las características propias de cada asunto*, para determinar si efectivamente sus propiedades son equiparables como para extender la solución de uno a otro. Típicamente dicha correlación se formula entre los antecedentes fácticos y demás circunstancias propias de cada contienda. Se trata de una labor que define la procedencia de la traslación y que no está exenta de complejidades, especialmente en lo que se refiere al *grado de generalidad o especificidad con la que se formula dicha correspondencia entre ambos casos*. En efecto, si el intérprete se contenta con semejanzas muy genéricas entre ambos asuntos, el argumento de la analogía pierde seriedad y consistencia, ya que se corre el riesgo evidente de trasladar conclusiones de un caso a otro sin la suficiente afinidad entre ambos como para compartir automáticamente la solución final. Y, viceversa, si, al comparar el fallo antecedente con las circunstancias del caso a resolver, se hiciera demasiado hincapié en diferencias meramente anecdóticas o insustanciales, el ejercicio de traslación de la regla de derecho del primero al segundo, también pierde rigor, dificultando indebidamente el argumento jurisprudencial autorizado por el art. 31 bis de la ley 5827.

¹⁰⁴⁸ Se refiere brevemente a estos tres “pasos” NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Bs. As., 2º edición, 13º reimpr., 2005, p. 294, pp. 293-295, aunque ordenándolos de modo diverso, siguiendo la sistematización de LEVY en la materia. Cabe destacar de todos modos, que la diferencia de orden que trazamos en el texto no es significativa, ya que no puede hablarse de tres “momentos” diversos en la tarea interpretativa basada en el uso del argumento *a simili*. Por el contrario, existe entre ellas una interacción dialéctica constante que impide explicarlos como compartimentos estancos. Sin embargo, la identificación de tales facetas de la tarea como perfiles de una misma actividad es atendible, ya que facilita el análisis del fenómeno examinado.

¹⁰⁴⁹ PUIG BRUTAU, “Como ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953, p. 223 (cit. por HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., §82, p. 329). En el mismo sentido, NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, ob. cit., p. 294.

Un ejemplo de la primera de las hipótesis aludidas (exceso de generalidad en las semejanzas entre el precedente y el asunto a dirimir), puede encontrarse en la utilización del argumento ‘*a simili*’ mediante un razonamiento de estas características:

“En los casos [A] y [B], entre otros, esta Corte desestimó sendos recursos extraordinarios por no haberse demostrado la existencia de absurdo en la interpretación de los escritos constitutivos de la litis¹⁰⁵⁰; en el presente caso [C], el quejoso también denuncia la existencia de dicho vicio en la valoración de las piezas postulatorias, sin demostrarlo. Es por ello que, tratándose de un planteo desestimado en casos análogos, se rechaza el recurso deducido (art. 31 bis, 5827)”.

O, en similares términos:

“Esta Corte ha reiteradamente sostenido que los argumentos de las partes no constituyen cuestiones esenciales en los términos del art. 168 de la Constitución Provincial¹⁰⁵¹, por lo que su omisión no tiene cabida mediante el recurso extraordinario de nulidad (doct. causas [...]). Por ello, habiendo sido resuelta la cuestión planteada en casos sustancialmente análogos, se desestima el recurso interpuesto (art. 31 bis, ley 5827)”¹⁰⁵².

El defecto cometido por la decisión interpretativa en las hipótesis aludidas, es el *grado de generalidad* al que se acude para trazar las similitudes existentes entre el caso a resolver y los precedentes utilizados como “análogos”. En el segundo modelo, por ejemplo, no parece suficiente sostener que en ambos casos se haya propuesto un recurso de nulidad y que la regla en la materia (aplicable a ambos) excluya de este medio de embate a la omisión de meros “argumentos” (por no tratarse propiamente de cuestiones esenciales). Para que la analogía se complete, debe identificarse el patrón que permite englobar a los planteos formulados (y omitidos) en uno y otro caso como

¹⁰⁵⁰ Para entender adecuadamente el ejemplo, es de recordar una vez más la inveterada doctrina de la Corte por la que se sostiene que la interpretación que los jueces de grado hacen de los escritos postulatorios son cuestiones “de hecho”, ajenas a la casación, por lo que la revisión de dicha tarea a través del recurso de inaplicabilidad de ley demanda acudir a la doctrina excepcional del absurdo, para demostrar un evidente desvarío del tribunal inferior (conf. SCBA, Ac. 54.027, “Zingarelli”, sent. del 28-XII-1993; Ac. 82.268, “Cavero”, sent. del 4-VIII-2004; C. 103.106, “YPF S.A.”, sent. del 3-III-2010, etc.).

¹⁰⁵¹ Se trata también de una regla tradicional en la jurisprudencia de la Corte provincial (v. SCBA, A. 69.243, “L., F.”, sent. del 6-X-2010, etc.), aunque no siempre sea sencillo escindir las categorías de “argumento” y de “cuestión”, como hemos intentado demostrar en otra oportunidad (v. GIANNINI, Leandro, “El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires”, cit., pp. 313-319)

¹⁰⁵² La Corte ha utilizado reiteradamente la causal de desestimación analizada con tales alcances, frente a la denuncia de omisión de temas que no revisten el carácter de cuestiones esenciales, sino de argumentos de hecho o de derecho (v., SCBA causas C. 110.392, “Szybut”, res. del 19-V-2010; C. 104.628, “Passarelli”, res. del 19-V-2010, entre otros).

“argumentos” y no como cuestiones. Así, para completar el ejemplo dado, debería precisarse la operación analógica mediante una fórmula de este otro tenor:

“Esta Corte ha sostenido que los argumentos dados por las partes al impugnar la prueba pericial no constituyen cuestiones esenciales, por lo que su omisión no puede ser atacada a través del recurso extraordinario de nulidad (art. 168, Const. Pcial.). Por ello, habiéndose resuelto la cuestión articulada en casos sustancialmente análogos al presente, se desestima la impugnación deducida (art. 31 bis, ley 5827)”.

¿Qué distingue a esta formulación de la contenida en el anterior ejemplo? Como puede verse, la diferencia recae en la *precisión de los elementos utilizados para trazar la analogía*. No sólo se sostiene que los “meros argumentos” no son “cuestiones esenciales” en los términos del art. 168 de la Const. Pcial. (regla general), sino que se agrega que determinados planteos de parte, como la impugnación de una prueba, constituyen “meros argumentos” (regla también general, pero de mayor concreción para parangonar ambos casos).

He ahí una primera pauta fundamental a tener en cuenta para la aplicación de esta parcela del art. 31 bis de la ley 5827: la *importancia de concretar los elementos afines entre dos o más asuntos para evitar saltos argumentales en la operación analógica*.

El vicio inverso en el uso de la analogía es la utilización excesiva del ‘*distinguishing*’ cuando las divergencias entre el precedente tomado como referencia y el asunto a resolver, recaen sobre simples pormenores, es decir: particularidades irrelevantes para trasladar la regla de derecho del primero al segundo. Este tipo de diferencias no impide acudir a la variante de ‘*certiorari*’ que estamos analizando, para resolver anticipadamente la suerte de un pleito. De otro modo, el dispositivo en cuestión perdería toda posible aplicación, por la imposibilidad de encontrar dos asuntos absolutamente idénticos.

En definitiva, lo que complica la enunciación de una pauta segura y válida para todos los casos en este ámbito, es la ausencia de previsiones específicas relativas al *grado de generalidad permitida al intérprete* a la hora de seleccionar la gama de rasgos comparativos

entre diversos casos¹⁰⁵³. La dificultad señalada torna necesaria, en estos casos, una verdadera *decisión interpretativa*, feliz expresión adoptada por modernos precursores de la teoría general del derecho¹⁰⁵⁴, que importa la elección positiva por parte del operador del criterio hermenéutico aplicable para definir el sentido de la norma (en este caso, individual). La naturaleza del fenómeno se transforma así en algo diverso a la tarea de “descubrir” (con métodos diversos según la línea de pensamiento respectiva), el significado inmanente en el precepto, labor a la que las tradicionales corrientes “descriptivas” de interpretación ciñen la función hermenéutica.

En lo que aquí interesa, el tribunal debe, en definitiva, determinar la medida justa en esa línea de continuidad que puede trazarse para graficar el grado de “especificidad” o “generalidad” adoptado a la hora de analizar las semejanzas entre el caso a resolver y el precedente cuya analogía se examina. Aun en ausencia de reglas infalibles en la materia, es posible ordenar el ejercicio de la operación analógica para un mejor contralor de su razonabilidad.

En tal sentido es de recordar la estructura lógica del razonamiento analógico. Apelaremos a la enunciación de GUASTINI¹⁰⁵⁵, aunque nos permitiremos alterarla en buena medida, para poder trasladarla al fenómeno de la interpretación de fallos judiciales, que es lo que aquí interesa:

El precedente P ha vinculado la consecuencia jurídica C al supuesto de hecho SH₁; tenemos ahora un caso P₂ en el que se presenta al supuesto de hecho SH₂ que es parecido a SH₁; por lo tanto, la solución adoptada en P es extensible a P₂.

¹⁰⁵³ NINO ha destacado esta dificultad propia de la interpretación del derecho jurisprudencial, al señalar que: “... no hay reglas para establecer qué semejanzas entre los casos son relevantes y qué diferencias son irrelevantes. Una detallada descripción de los casos anteriores y del presente mostrará seguramente muchas diferencias. Sólo a medida que se avanza a un alto nivel de abstracción en la descripción de los casos, omitiendo muchas circunstancias, se pueden obtener descripciones equivalentes. No hay pautas para determinar hasta qué grado de generalidad está permitido llegar en la descripción de los casos con el fin de mostrar sus rasgos análogos” (NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, ob. cit., p. 293).

¹⁰⁵⁴ V. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo ...*, ob. cit., pp. 203-204, aludiendo a la “interpretación-decisión” como una actividad diversa a la “interpretación-conocimiento”, consistiendo la primera en proponer o en decidir atribuir a una determinada expresión un determinado significado con preferencia sobre otros. Recuerda también las asimilables fórmulas de FERRAJOLI, quien utiliza la fórmula “interpretación operativa” (v. FERRAJOLI, Luigi, “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 291-304; v. asimismo WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The judicial application of law* [trad. al inglés de Sadowe Stosowania PRAWA], Kluwer, 1992, esp. pp. 87-96 [desarrollando extensamente las diversas variantes y exigencias de la tarea de interpretación operativa, cuyo producto es una decisión interpretativa –“*decision of interpretation*”-]

¹⁰⁵⁵ V. GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo ...*, ob. cit., pp. 220-221.

Naturalmente, para que el argumento sea atendible, debe constatarse la semejanza afirmada en el segundo término de la fórmula. Siguiendo al autor referido, debe distinguirse a tales efectos entre las características “esenciales” y “accidentales” de los dos casos:

“Para argumentar que hay parecido entre dos supuestos de hecho [en nuestro ejemplo SH₁ y SH₂], es necesario mostrar que hay entre ellos una característica común no accidental, sino ‘esencial’ al objeto de la regulación jurídica. Suponiendo que E sea el elemento que comparten F₁ y F₂, es necesario demostrar que E es precisamente la razón específica por la que al supuesto de hecho F₁ le ha sido atribuido esa, y no otra, consecuencia jurídica”¹⁰⁵⁶.

Siguiendo dichas premisas, para sistematizar adecuadamente la tarea que debe llevar adelante cualquier tribunal a la hora de interpretar las fuentes jurisprudenciales (y, puntualmente, la Suprema Corte al momento de evaluar la aplicación de esta parcela del art. 31 bis de la ley 5827), lo que interesaría es: i) detectar las propiedades exigidas por la regla de derecho derivada del precedente cuya analogía se analiza; ii) examinar las propiedades que presenta el caso a resolver; iii) descartar las propiedades “accidentales” de ambos, es decir, las que no resultan “esenciales” para la aplicación de la regla en cuestión (aquellas que no están en el elenco establecido en el apartado i)); iv)

¹⁰⁵⁶ GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo ...*, ob. cit., p. 221). Se trata del examen de “relevancia” de la analogía, que tanto BOBBIO como TARELLO enuncian como nota definitoria del argumento ‘*a simili*’, al permitir equiparar la disciplina jurídica de dos situaciones parcialmente diversas (BOBBIO, Norberto, *Toría general del derecho*, ob. cit., esp. pp. 235-236; TARELLO, Giovanni, *La interpretazzone della legge*, ob. cit., p. 351 y 354). También la SCBA ha expresado en tal sentido que “entre el caso análogo (el anterior) y el analogado (el presente) deben existir -y ser puestas de manifiesto- características *relevantes* similares para que la solución (o el criterio interpretativo) aplicado en cierto supuesto pueda ser utilizado en otro” (SCBA, causa C. 90.530, “Molea”, sent. del 9-XII-2009).

Una formulación tomada de NINO (y explícitamente basada en la obra de ALCHOURRÓN y BULYGIN), puede servir para graficar lógicamente la existencia de propiedades “accidentales” (o “no esenciales”), irrelevantes para trasladar la solución de un caso a otro: “Cuando el sistema normativo establece una solución para un caso constituido a partir de ciertas propiedades, son irrelevantes, en relación con la solución estipulada, las restantes propiedades que se pueden dar contingentemente, junto con las que configuran el caso. Por ejemplo, si el derecho estipula una solución para un caso constituido por las propiedades *E* y *V*, la solución no varía, a menos que haya otra norma que lo estipule, si se da un caso que tenga, además de *E* y *V*, la propiedad *R*” (NINO, Carlos S., *Introducción ...*, ob. cit., p. 287; conf. asimismo: ALCHOURRÓN, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974, consultada la 1º reimpr., 1987, pp. 157 y ss.). Cabe señalar que los conceptos aludidos son utilizados por los autores de referencia, para la descripción de un problema diverso al que aquí se examina, como es el de las llamadas “lagunas axionológicas” del derecho. Sin embargo, la distinción entre propiedades esenciales y contingentes es perfectamente trasladable para una mejor explicación de la temática que aquí se aborda.

finalmente, cotejar las propiedades esenciales del caso a resolver, para verificar si coinciden con las exigidas por la regla de derecho jurisprudencial a aplicar.

Nos permitimos otro ejemplo para completar la explicación, tomada esta vez de la jurisprudencia de la Suprema Corte en la interpretación y aplicación de precedentes de la Corte federal.

Uno de los debates más conocidos en el ámbito de la responsabilidad civil por los daños ocasionados por un automotor, es el de la posibilidad de que el titular registral se exima de la obligación de resarcir, alegando que perdió la guarda jurídica de la cosa al venderlo a un tercero, sin haber completado la transferencia mediante la inscripción de la misma en el registro. Dos corrientes opuestas se presentan en la doctrina y la jurisprudencia acerca de la responsabilidad del dueño del vehículo que no inscribió el negocio ni denunció la venta, pero que transmitió dicho poder de disposición material de la cosa. Por un lado, quienes consideran que la única posibilidad de eximir al titular del automóvil es formular la denuncia de venta correspondiente ante el registro de la propiedad automotor (art. 27 del dec. ley 6582/1958 -texto según ley 22.977-), postura que puede denominarse “restrictiva”. Por el otro, quienes entienden que, aun cuando dicho trámite no haya sido concretado, el titular puede de todos modos demostrar por otros medios fehacientes la venta del vehículo, con la consecuente transferencia de su guarda (postura “amplia”).

La Corte Suprema de la Nación, en dos divulgados precedentes¹⁰⁵⁷, adoptó la segunda tesitura (amplia) en asuntos en los que los vehículos que luego protagonizaran en accidente vial habían sido previamente vendidos en subasta pública, por lo que a través de un acto público quedaba acreditado que los dueños anteriores (registrados aún por ausencia de inscripción del remate) carecían de todo poder de contralor sobre la utilización del vehículo.

La Suprema Corte bonaerense, que desde hacía tiempo venía pronunciándose en la cuestión, tuvo a partir de allí la tarea de interpretar el sentido de la citada jurisprudencia y remitir a ella como argumento de la posición adoptada. Es aquí donde el ejemplo sirve para graficar el *quid* de la selección de los elementos comparativos que

¹⁰⁵⁷ CSN, causas “Seoane, Jorge Omar c/ Entre Ríos, Provincia de y otro s/ Daños y Perjuicios” (“Fallos” 326:1211, sent. del 19-V-1997) y “Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra. Daños y perjuicios” (“Fallos” 325:1156, sent. del 21-V-2002).

permiten juzgar la “analogía” de un caso con otro, especialmente teniendo presente la dificultad relativa al grado de generalidad o especificidad con el que se realiza ese parangón.

Así, mientras algunos Ministros encontraron que la regla jurisprudencial sentada en los casos “Camargo” y “Seoane” (postura amplia) permitía eximir al dueño si acreditase por *cualquier medio fehaciente* (como, *por ejemplo*, la subasta) la transferencia de la guarda a un tercero; otros hicieron hincapié en las particulares circunstancias de los precedentes en cuestión, señalando que, para trasladar la solución de los mismos a controversias diversas, deben darse las *mismas condiciones de aplicación*, en particular, *que la venta sea por subasta pública* (lo que dejaría fuera de su ámbito de acción a la mayoría de las hipótesis llevadas a juicio, en las que la transferencia alegada hubiera tenido lugar mediante contratos entre privados, que bien pueden ser instrumentados de modo fehaciente)¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁸ El debate, que hemos sintetizado al extremo para concentrar el foco en lo que interesa al tema examinado, puede verse reflejado en diversos fallos de la SCBA posteriores a las causas “Seoane” y “Camargo” de la CSJN (v. SCBA C. 83.469, “Prudent” y C. 96.517, “Pardo”, ambas sent. del 15-VII-2009, entre otras). Cabe destacar, en cuanto a la discusión puntual vinculada a la interpretación de dichos precedentes de la Corte federal y la posibilidad de utilizar analógicamente sus premisas, los votos de los Dres. SORIA e HITTERS, en el que se reflejan dos visiones encontradas sobre la *decisión interpretativa* adoptada al respecto:

El sufragio del primero de los magistrados aludidos adoptó el criterio de selección más “particularista”, por el que se considera que para acudir a los precedentes de la Corte nacional es importante tener en cuentas ciertas condiciones específicas que se presentaban en aquéllos. Así lo expresó el Dr. SORIA:

“Los precedentes de la Corte Suprema de la Nación, dictados en el ámbito de competencia originaria, en la causas ‘Seoane’ y ‘Camargo’ presentan presupuestos fácticos muy particulares. En ellos, i] el titular registral del automotor era una Provincia; ii] la venta había sido ordenada o aprobada por actos de la Administración pública; iii] mediante el procedimiento de subasta; iv] para cuya realización se aplicaron normas sobre la compraventa junto con otras reglas provinciales exorbitantes del derecho privado; v] que imponían -estas últimas- ciertos trámites y aseguraban un grado de publicidad diferencial, inaplicables o inusuales en el tráfico jurídico privado, o, por lo menos, muy difíciles de pregonar o verificarse en cualquier enajenación automotor celebrada entre particulares”.

El Dr. HITTERS, por su parte, adoptó una posición diversa, encontrando que las condiciones de aplicación de la jurisprudencia adoptada por la CSN *in re* “Camargo” y “Seoane” eran más genéricas:

“Mi distinguido colega, el doctor Soria, ha expresado que existen diferencias objetivas entre las circunstancias tenidas en consideración en dichos precedentes y las propias del *sub lite*, que permiten sostener la inaplicabilidad de las pautas sentadas en aquéllos por el máximo Tribunal.

No comparto esta apreciación. El intérprete debe extraer, de las doctrinas jurisprudenciales en las que apoya su decisión, los elementos fundamentales que permiten trasladar su influencia a otro caso, pudiendo descartar los pormenores secundarios que no afectan la regla conceptual explicitada en dichas fuentes. Se trata, como sostiene Smith, de aplicar un criterio científico unificador por el cual los jueces adecuan el sentido de sus fallos al de las decisiones precedentes (SMITH, J. C., *Enciclopedia Jurídica Omeba*, voz “jurisprudencia”, t. XVII, p. 621).

No encuentro que las particularidades que enfatiza dicho ministro respecto de los aludidos casos de la Corte nacional (“Seoane” y “Camargo”), resulten suficientes para postular su inaplicabilidad en el *sub iudice*, todo lo contrario.

En efecto, las notas centrales destacadas por el máximo Tribunal federal en los fallos citados son, a mi juicio:

Como puede apreciarse, el núcleo de la discusión entre ambas posturas se concentra en el *grado de especificidad con el que se mide la analogía* entre el fallo de referencia y el caso a resolver, principal problema que presenta el estudio de la “relevancia” de las semejanzas entre ambos. Se trata de un aspecto definitorio del ejercicio del argumento ‘*a simili*’ que, como venimos viendo, exige esta hipótesis de andamiaje del art. 31 bis de la ley 5827.

e) *La posibilidad de sortear el uso negativo del ‘certiorari’ alegando fundamentos novedosos o relevantes para revertir la doctrina precedente.*

Hemos adelantado oportunamente que una de las notas que distinguen al texto del art. 31 bis de la LOPJ (al referirse a la resolución de cuestiones planteadas en casos sustancialmente análogos) de la categoría de “cuestiones insustanciales” desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y receptada en el art. 280 del CPCN, es la ausencia de toda referencia, en el primero de los preceptos aludidos, a los nuevos argumentos por los que el quejoso puede buscar revertir la doctrina legal precedente.

Recordemos una vez más que, siguiendo la fórmula tradicional ya estudiada, las cuestiones articuladas en el recurso extraordinario federal (art. 14 de la ley 48) resultan insustanciales cuando existe “una clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema

a) que los efectos que el art. 27 de la ley 22.977 atribuye a la denuncia ante el registro no excluyen la posibilidad de acreditar en juicio de manera fehaciente que el titular registral ha perdido la guarda del vehículo con anterioridad al suceso que genera su responsabilidad y permiten que se evalúe en la causa si subsiste la que le atribuye la primera parte de dicha norma (v. consids. 4º y 5º, de las cits. causas ‘Camargo’ y ‘Seoane’, respectivamente).

b) Que si la ley (art. 27 de la ley 22.977) exonera de responsabilidad a quien efectúa una denuncia unilateral de venta cuya sinceridad no es objeto de comprobación no cabe privar del mismo efecto a quien demuestra efectivamente que se encuentra en idéntica situación, es decir que no dispone del vehículo por haberlo enajenado y hallarse el automotor en poder del adquirente o de terceros que de éste hubiesen recibido el uso, tenencia o posesión (consids. 5º y 6º, respectivamente, causas citadas). c) Y que teniendo en cuenta que la ley no establece una presunción *iuris et de iure* de que el propietario que no denunció haber vendido y entregado el automotor, conserva su guarda (art. 26 del dec. ley 6582/1958), configuraría un exceso ritual privar al titular registral de la posibilidad jurídicamente relevante de demostrar si concurre tal extremo (*id. ant.*).

En definitiva, mi referido colega encuentra inaplicables al *sub lite* los mencionados pronunciamientos del más Alto órgano jurisdiccional del país poniendo énfasis en sostener que en ambos expedientes la pérdida de la guarda de los móviles había sido como consecuencia de una subasta pública, de bienes del Estado, aprobada en uno de ellos (‘Seoane’, *cit.*) por un acto administrativo.

El razonamiento central y el punto de partida de ambos fallos es que se había acreditado por parte de los actores la pérdida de la guarda de los automotores de marras (art. 375, C.P.C.C.). En ningún momento se dijo allí y no se podría haber dicho que a los efectos probatorios las actuaciones en un remate judicial tuvieran a estos fines mayor énfasis acreditativo que una venta particular (art. 384 del mencionado ordenamiento). Lo que requirió la Corte es la demostración del traslado de la guarda. Y dicha probanza entiendo se puede llevar a cabo por actos (documentos) públicos o privados, según las circunstancias. Ese fue el criterio hermenéutico de los aludidos precedentes, según mi parecer”.

de indudable aplicación al caso y *el recurso carece de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla*". De lo que se deduce que cuando el quejoso aporta fundamentos relevantes no tenidos en cuenta previamente, idóneos para revertir la solución receptada en los precedentes respectivos de la Corte, su impugnación sorteará la descalificación a la que alude el art. 280 del CPCN, debiendo dichos nuevos elementos de juicio ser materia de abordaje expreso y motivado (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.2).

El art. 31 bis de la ley 5827, al establecer como causal aparentemente autónoma del 'certiorari' local la resolución del tema articulado en casos sustancialmente análogos, parece no condicionar el uso de este mecanismo a que la impugnación carezca de nuevos elementos que permitan revertir el parecer del alto cuerpo bonaerense. En otras palabras, parecería que si la cuestión ya ha sido analizada y resuelta en casos similares, la Corte puede aplicar directamente el 'certiorari', sin tener en consideración la existencia de argumentos novedosos, idóneos para torcer la jurisprudencia vigente.

No compartimos esta línea de reflexión. Entendemos, por el contrario, que la parte, aportando puntos de vista inéditos, puede sortear la aplicación negativa del 'certiorari' en estos casos (logrando así un pronunciamiento fondal y motivado *in extenso* sobre la materia controvertida), pese a la ausencia de toda alusión explícita al respecto en el art. 31 bis de la LOPJ.

Las razones que justifican este aserto no se basan tanto en la asimilación o unificación de la causal ahora examinada ("casos análogos") con la de las "cuestiones insustanciales", también mentada en el precepto de marras. Es decir, que no postulamos la idea de "completar" la primera con las cualidades propias de la segunda (entre ellas, y en lo que aquí importa, la posibilidad de aportar elementos de juicio novedosos para evitar la desestimación liminar del recurso). Ciertamente es que –como luego veremos– la categoría de las "cuestiones insustanciales" carece en la casación local de un desarrollo propio, por lo que, o se la acopla a alguna de las restantes causales previstas en el art. 31 bis de la ley 5827 (considerándose las como una variante de insuficiencia, de intrascendencia o de "tema resuelto en casos análogos"), o se le busca un contenido autónomo, para evitar concluir que la norma en cuestión es redundante.

Intentaremos más adelante precisar el alcance de la noción de “cuestiones insustanciales” en la casación estadual (v. *infra*, párrafo 4.5), categoría que puede ser entendida como dotada de cierta autonomía respecto de la que aquí se examina (“casos análogos”). Es decir, que –como allí explicaremos– cada una de ellas tiene su propio ámbito de acción, quedando así esta última como única fuente de regulación del ‘certiorari’ provincial para los casos en los que las cuestiones deducidas han sido resueltas en la doctrina legal de la Suprema Corte bonaerense. Siendo ello así, se hace patente el anticipado problema de la aplicación del art. 31 bis cuando, pese a existir una jurisprudencia consolidada, el impugnante revela nuevas perspectivas del problema, antes inexploradas.

Pese a dicho silencio, consideramos que frente a la existencia de esta clase de elementos de convicción novedosos y relevantes (es decir, idóneos para dejar de lado la doctrina anteriormente sentada en la materia), la Suprema Corte no podrá acudir automáticamente al ‘certiorari’ para desestimar o acoger el recurso extraordinario respectivo, sino que deberá considerar en profundidad dichos argumentos. La interpretación es legítima y valiosa, ya que no se puede pregonar un sentido de la cláusula en cuestión, que coadyuve al estancamiento de la jurisprudencia, reduciendo la posibilidad de revisión de valoraciones anteriormente establecidas a partir de nuevas reflexiones en la materia ¹⁰⁵⁹. Creemos, en efecto, que cuando dichas frescas ponderaciones son incorporadas en un recurso extraordinario que se hace cargo de la jurisprudencia opuesta a la opinión que se postula, intentando seriamente rebatirla y modificarla, el caso no puede ser considerado análogo y debe entenderse que existe entre el precedente de referencia y el caso a resolver, una diferencia “relevante” (BOBBIO, TARELLO) o “esencial” (GUASTINI), que impide aplicar el ‘certiorari’.

Algunos precedentes de la Corte parecen receptar esta postura, cuando, al aplicar el art. 31 bis de la ley 5827 por haber sido resuelto el tema en casos similares, se

¹⁰⁵⁹ El valor de las nuevas meditaciones que puede aportar la parte para procurar la revisión de criterios jurisprudenciales consolidados, ha sido destacado por BIDART CAMPOS al alejarse de sus primeras posiciones por las que cuestionaba la construcción de la Corte Suprema de la Nación relativa a las “cuestiones federales insustanciales” (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.2]). Mientras inicialmente el citado constitucionalista había entendido que tal doctrina importaba “cristalizar duramente el derecho judicial” ya que “se decía tal cosa porque repetidamente se había dicho antes”, nuevas reflexiones lo llevaron a abandonar su posición crítica original, destacando la posibilidad del apelante de alegar razones que pongan en tela de juicio la aplicabilidad de los precedentes respectivos o la conveniencia de modificar el criterio allí sostenido (v. BIDART CAMPOS, Germán, “Cuestión insustancial en el recurso extraordinario”, ED 95-353).

agrega que el quejoso no ha desplegado nuevas reflexiones idóneas para revertir dicha doctrina. Así, por ejemplo, se ha sostenido la improcedencia del recurso extraordinario, con base en el citado dispositivo legal, “si se cuestiona un tema análogo al debatido y resuelto por esta Suprema Corte, *sin desarrollar argumentos novedosos que permitan la revisión de lo decidido en aquellos precedentes*”¹⁰⁶⁰. En la generalidad de los casos, sin embargo, la aclaración no se incorpora y sólo se indica que el tema ha sido decidido en “casos sustancialmente análogos”¹⁰⁶¹, agregando a veces que dicha circunstancia “resulta suficiente para dar respuesta” al mismo, en los términos del art. 31 bis de la ley 5827¹⁰⁶².

f) Motivación.

Sin perjuicio de lo expresado con carácter general en torno al modo en que debe motivarse la decisión que hace uso del art. 31 bis para acoger o desestimar un recurso extraordinario, cabe poner de resalto una particularidad propia del motivo de ‘certiorari’ que venimos analizando.

Siendo que la norma de marras permite a la Corte utilizar este mecanismo decisorio con la sola cita de aquella y la “referencia a cualquiera de las circunstancias” aludidas en la misma, cabe precisar el alcance de esta última expresión en el ámbito de la causal examinada.

Al igual que en la hipótesis de desestimación por “ausencia de requisitos esenciales” (v. ap. 4.2.b), hemos de descartar nuevamente una interpretación que ciña los alcances de la motivación exigible, a la sola referencia de la causal aplicada. En tal sentido entendemos que, para preservar la eficacia del dispositivo, es posible optar por

¹⁰⁶⁰ SCBA, L. 91.395 “Durez Ananis”, sent. del 20-IV-2005; L. 85.847, “Amaolo”, sent. del 28-XII-2005; Ac. 91.072, “Oliva”, res. del 19-IV-2006; Ac. 92.387, “Marín”, res. del 3-V-2006; Ac. 91.063, “Quintos”, res. del 3-V-2006, entre otras. En similar sentido, en otras oportunidades el máximo tribunal bonaerense hizo uso de la causal analizada agregando que: “*las razones ensayadas en el remedio extraordinario impetrado [...] no justifican el apartamiento de lo juzgado por esta Suprema Corte en contra de la pretensión del impugnante, en otros recursos sustancialmente análogos al presente, con sustento en estrictas razones de economía procesal (arts. 34 inc. 5 ap. ‘b’, Cód. cit.; 31 bis, ley 5827, texto ley 12.961)*” (Ac. 90.963, “Matrelo”, res. del 22-III-2006; Ac. 97.889, “Almaraz”, res. del 8-XI-2006; Ac. 102.222, “Merlo”, res. del 28-XI-2007; Ac. 102.948, “Vildoso Sisterna”, res. del 9-IV-2008; Ac. 108.408, “Alvarez”, res. del 16-IX-2009; L. 108.018, “Orona”, sent. del 18-IV-2011; C. 107.154, “Vargas”, res. del 29-II-2012, etc.).

¹⁰⁶¹ V., a título meramente ejemplificativo: SCBA, Ac. 87.082, res. del 1-X-2003; L. 83.130, “Benedetti”, sent. del 16-V-2007; A. 69.483, “Fernández”, sent. del 18-II-2009; A. 69.609, “Molina”, sent. del 28-V-2010; C. 89.243, “Pérez Levalle”, sent. del 9-VI-2010; C. 116.653, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 30-V-2012, etc.)

¹⁰⁶² V., entre otros: SCBA causas A. 71.568, “Busedi”, sent. del 4-IV-2012; C. 103.737, “B. , J. M.”, sent. del 11-IV-2012; A. 70.196 “M. , O. Á.”, sent. del 18-IV-2012; L. 112.866, “Vergara”, 3-V-2012; A. 70.462, “V. , J. E.”, sent. del 16-V-2012.

una hermenéutica que permita a la parte conocer la jurisprudencia a la que se acude para resolver, sin recargar la actividad del superior tribunal en la resolución de casos repetitivos. Es por ello que en este supuesto, las “circunstancias pertinentes” a las que cabe hacer referencia en los términos del art. 31 bis de la ley 5827, *deben razonablemente incluir la individualización precisa de los precedentes respectivos*, como es práctica constante en la actual jurisprudencia de la SCBA a la hora de acudir a esta resorte decisorio¹⁰⁶³.

g) Especial utilidad del instrumento en temas repetitivos resueltos con discrepancias internas.

A la hora de evaluar el rendimiento de la herramienta prevista en el art. 31 bis, siempre es importante verificar de qué modo su aplicación puede redundar en beneficio de una más eficiente administración de justicia en la última instancia provincial. En lo relativo a la causal que ahora examinamos (acogimiento o rechazo de recursos con remisión a lo “resuelto en casos análogos”), cabe destacar una peculiar razón de eficacia que potencia el uso del ‘certiorari’ local a la hora de resolver asuntos repetitivos.

Ya sabemos que, en general, la utilización de este mecanismo coadyuva a la agilización del procedimiento por dos razones centrales: i) la posibilidad de aplicarlo en cualquier estado del trámite; y ii) la atemperación de las formas y de la motivación exigidas para el dictado de la resolución respectiva.

A dicha télesis genérica se agrega aquí un aspecto por demás relevante, vinculado con la integración de las voluntades necesarias para el dictado de sentencia, en los casos en que la cuestión jurídica debatida hubiera suscitado diversidad de pareceres entre los ministros del alto cuerpo.

Como es sabido, la Suprema Corte bonaerense puede dictar sentencia cuando la mayoría de sus integrantes coinciden en el sentido y en los fundamentos de la decisión adoptada (v. *supra*, ap. 3). Es decir, que si cuatro de sus siete integrantes están de acuerdo en la solución del caso y adoptan similares opiniones para justificar su postura, es posible dictar sentencia sin que el asunto deba ser analizado por los restantes miembros del tribunal. Tal coincidencia acarrea, en la práctica, una mayor celeridad en

¹⁰⁶³ Baste acudir a cualquiera de los precedentes del máximo tribunal bonaerense citados en este apartado, para ejemplificar el modo en que la Corte justifica esta clase de decisorios, incorporando acertadamente la indicación de los fallos pertinentes.

la resolución final, ya que obviamente el examen y pronunciamiento de cuatro jueces demanda menos tiempo que el de siete.

Ahora bien, dicha conformidad obviamente no siempre se logra en el seno del cimero cuerpo jurisdiccional y es por demás frecuente que se presenten contrapuntos entre los jueces, sea respecto del sentido de la solución que se propone (vg., desestimar el recurso; acogerlo total o parcialmente; o, una vez casado el fallo, recomponer positivamente la litis de determinado modo o de otro, etc.) o de los motivos por los que se justifica dicha conclusión (en más de una oportunidad se advierte la adhesión de uno de los jueces al sentido de algún sufragio anterior, pero por diversos fundamentos). Cuando ello sucede, el desenlace de la instancia naturalmente se dilata, a medida que se van incorporando magistrados que deban ingresar en el estudio del caso y expedirse a su respecto.

Todas estas consideraciones resultarían banales si no se advierte la especial eficiencia que, en este último contexto, brinda la hipótesis de “resolución en casos análogos” prevista en el art. 31 bis de la LOPJ, para una más pronta terminación de la litis.

Cuando una reiterada cuestión de derecho origina opiniones encontradas entre los ministros del máximo tribunal y se advierte finalmente la consolidación de una posición mayoritaria en la materia, es posible resolver los siguientes asuntos en los que se presente el mismo debate, mediante la aplicación de esta variante de ‘certiorari’. Lo que merece ser destacado en este punto es que al acudir a este resorte, el fallo puede ser suscripto por cuatro de los jueces, remitiendo a los precedentes en los que el tópico fue dirimido, sin importar la opinión que cada uno adoptara en aquélla oportunidad. En efecto, el fundamento que da lugar a la formación de la mayoría exigida para resolver (art. 168, Const. Pcial.), cuando se aplica el art. 31 bis de la ley 5827, no es ya el sostenido en oportunidad de debatir la interpretación correcta en la materia, sino simplemente la existencia de doctrina sentada por ese tribunal en casos análogos.

Ejemplos de este particular rendimiento de la herramienta analizada pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte. Así, vg., puede recordarse el arduo debate sobre la tasa de interés aplicable para resarcir al acreedor por la indisponibilidad del

capital reconocido por sentencia judicial (art. 622, Cód Civil.¹⁰⁶⁴). Luego de haberse agotado, en la actual integración de la Corte y en la corriente situación económica del país, dicha discusión, el máximo tribunal decidió –por mayoría- mantener la aplicación de la tasa pasiva en la materia, frente a otra postura (minoritaria) que sugería retomar la antigua jurisprudencia del tribunal por la que se reconocía a los jueces de grado un razonable margen de discrecionalidad para definir la alícuota respectiva, correspondiendo la intervención de la Corte sólo en casos de absurdo o notable desproporción de los accesorios a liquidar¹⁰⁶⁵.

En lo que aquí interesa, sentada de ese modo la doctrina legal aplicable en la materia, la Corte decidió acudir a esta variante de ‘certiorari’ para administrar la multitudinaria cantidad de casos que esperaban dicha definición. Este dispositivo no sólo permitió al citado tribunal resolver sin más trámite los casos pendientes mediante una motivación acotada (es decir, la sola remisión a los citados precedentes “Ponce” y “Ginossi” y la cita del art. 31 bis), sino que –además- limitó a cuatro la cantidad de jueces que debían intervenir en cada expediente, dando así mayor agilidad al desenlace. Quienes no compartían la decisión mayoritaria, de todos modos resolvieron de conformidad con la doctrina sentada por mayoría por la Corte, afirmando expresamente que con ello bastaba para resolver, sin que la salvedad que a su juicio correspondía formular sobre el acierto de ese parecer, obstaculizara la obtención de un pronunciamiento constitucionalmente válido (es decir, adoptado por mayoría de opiniones).

La fórmula que reiteradamente se utilizara en tal sentido rezaba sustancialmente lo siguiente:

“De acuerdo a lo resuelto –por mayoría- en casos análogos por esta Corte (C.101.774 ‘Ponce’ y L. 94.446 ‘Ginossi’), lo que resulta suficiente para dar respuesta al *sub lite* (conf. art. 31 bis, ley 5827),

¹⁰⁶⁴ Sólo para hacer más intelegible el ejemplo, recordaremos (en una síntesis más que ajustada) que el art. 622 del Código Civil dispone, en materia de intereses moratorios, que: “el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. *Si no se hubiere fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar*” (énfasis agregado). La parcela final del precepto dio históricamente lugar a intensos debates en torno a la tasa adecuada para resarcir el daño ocasionado al acreedor por la mora del deudor, habiéndose sostenido por algunos la aplicación de la tasa activa; por otros, la utilización de la tasa pasiva; y, finalmente, por otros, la posibilidad de acudir a diversas variantes de tasas intermedias. Debate muchas veces condimentado por la alteración de las circunstancias económicas del país, como típicamente sucede durante períodos inflacionarios.

¹⁰⁶⁵ V. SCBA, causas C. 101.774, “Ponce” y L. 94.446, “Ginossi” (ambas sentencias del 21-X-2009).

corresponde liquidar los intereses moratorios según la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a treinta días, vigente en los distintos períodos de aplicación”. A lo que, los jueces que se habían apartado de ese criterio en los precedentes aludidos agregaban: “... más allá de dejar a salvo mi opinión”¹⁰⁶⁶.

En resumen, siendo que el fundamento por el que se aplica en este caso el ‘certiorari’ se independiza prácticamente de las razones fondaes del debate y se ciñe exclusivamente a la existencia de precedentes análogos de la Corte para resolver de determinado modo, la utilización de esta parcela del dispositivo profundiza la agilidad a la que generalmente tiende el art. 31 bis de la LOPJ. Ello así, al reducir al mínimo la integración del acuerdo respectivo (de siete a cuatro de sus miembros) en casos repetitivos que suscitan discrepancias entre ellos, con la consecuente disminución de los tiempos de estudio y resolución de cada caso.

4.5) *Cuestiones insustanciales.*

a) Técnica legislativa: ¿es una causal redundante o tiene autonomía?

En el párrafo anterior (*supra*, ap. 4.4), hemos desarrollado la hipótesis de aplicación del art. 31 bis de la LOPJ basada en la existencia de precedentes análogos de la Suprema Corte sobre el tema articulado en el recurso extraordinario.

En tal contexto, dada la similitud de dicho motivo con la formulación históricamente sostenida por el máximo tribunal federal al definir las “cuestiones federales insustanciales” (repetimos: la existencia de una “clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de indudable aplicación al caso, careciendo el recurso de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla”), fue trazado un paralelo entre este último concepto y el mentado por la ley 5827. Especialmente nos referimos: i) a la posibilidad de usar el estándar de “casos análogos” en la Provincia de Buenos Aires con carácter “positivo” (es decir, no sólo para desestimar impugnaciones, sino también para acogerlas –v. *supra*, ap. 4.4.b]-); ii) al debate sobre la necesidad reiteración o consolidación de los precedentes respectivos – *ibid.*, ap. c]-; y iii) a la posibilidad de que, con nuevos argumentos, el embate pueda

¹⁰⁶⁶ V. SCBA C. 94.077, “García”, sent. del 7-IV-2010; C. 99.674, “Canullan”, 25-VIII-2010; C. 103.817, “Ferri”, sent. del 1-IX-2010; C. 95.001, “Aranda”, sent. del 22-IX-2010; C. 100.151, “Liva”, sent. del 6-X-2010; C. 108.319, “Gómez”, sent. del 16-V-2012; L. 106.693, “González”, sent. del 13-VI-2012, entre muchos otros.

sortear esta variante de descalificación liminar y ser abordado en cuanto a su mérito, por más que el tema a resolver haya sido materia de pronunciamientos anteriores (técnica de apertura que, en términos literales, parecería que el régimen provincial descarta, pero que consideramos vigente también en esta jurisdicción –v. *supra*, *ibíd.*, ap. e]-).

Con dicho análisis, se ha querido destacar que, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, *la aplicación del ‘certiorari’ ante la presencia de casos similares tiene su propia sistematización*, por lo que debe determinarse qué sentido cabe dar a la categoría de las “cuestiones insustanciales” en la Provincia de Buenos Aires.

Una primera aproximación en la materia también ha sido anticipada: *la inclusión autónoma de las “cuestiones insustanciales” en el elenco del art. 31 bis de la ley 5827 aparece a primera vista como redundante*. En efecto, siendo que la desestimación frente a casos sustancialmente análogos –como vimos- cubre esta variante del ‘certiorari’, cuesta encontrar un ámbito propio de aplicación para la causal ahora examinada.

Intensificaremos aquí el examen de la autonomía de la categoría de las “cuestiones insustanciales” en el régimen del ‘certiorari’ provincial, teniendo siempre en cuenta que, entre las reglas tradicionales a las que está sometido el intérprete, se encuentra aquélla según la cual las imperfecciones técnicas de la instrumentación legal (entre ellas, la redundancia) no deben impedir su labor¹⁰⁶⁷. Por lo que en definitiva, debe procurarse en la medida de las posibilidades adoptar una hermenéutica que, al no presumir la inconstancia del legislador, conserve el sentido y vigencia de todas las disposiciones del ordenamiento¹⁰⁶⁸.

El interrogante entonces queda planteado de este modo: ¿es posible encontrar un sentido a la expresión “cuestiones insustanciales” a la que se refiere el art. 31 bis de la ley 5827, que difiera respectivamente de las causales basadas en la desestimación en

¹⁰⁶⁷ CSN, “Fallos” 271:4241 [2004]; 328:293 [2005]; 329:2419 y 2890 [2006], etc.; en el mismo sentido: SCBA, B. 55.740, “Fiscal de Estado”, sent. del 21-X-1997; Ac. 88.092, “Marino de García”, sent. del 2-III-2005, etc.

¹⁰⁶⁸ También es reiterado el criterio de la Corte federal al señalar que “La interpretación de las normas debe armonizar con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto” (doct. CSN, “Fallos” 323:1635 [2000]; 326:2637 [2003]; 331:1234 [2008], entre otros; en similar sentido, v SCBA, causas B. 56.364, sent. del 10-V-2000, “Guardiola”; L. 82.006, sent. del 7-III-2007, “Abuzzi”; B. 63.493, “Tonelli”, sent. del 27-VIII-2008; C. 101.610, “Banco Provincia de Buenos Aires”, sent. del 30-IX-2009, etc.).

casos análogos, la insuficiencia de la impugnación o la intrascendencia de las cuestiones debatidas?

Para dar adecuada respuesta al dilema, cabe justificar inicialmente en qué consiste la redundancia a la que hemos hecho referencia, para luego indagar acerca de la posibilidad de encontrar un significado propio para la locución de marras.

b) Cuestión insustancial y resolución en casos análogos (remisión).

Respecto del primer paralelo, ya hemos adelantado que en el régimen provincial el rechazo de asuntos repetitivos tiene su propio carril, que –por otra parte- difiere en algunos aspectos de la calificación adoptada en el orden nacional (art. 280, CPCN y jurisprudencia histórica de la Corte, a la que nos hemos referido).

Por lo que, en este punto, nos parece objetable denominar de ese modo a aquellas cuestiones resueltas por una jurisprudencia consolidada de la SCBA, sin que el quejoso aporte fundamentos serios que permitan modificarla¹⁰⁶⁹. Una lectura de ese tenor bajaría sus brazos frente a una falencia técnica del legislador ya que, por un lado, admitiría la posibilidad de rechazo en casos sustancialmente análogos y, por el otro, reconocería una potestad desestimatoria idéntica en hipótesis en las que exista “una clara y reiterada jurisprudencia de la Suprema Corte bonaerense de indudable aplicación al caso, careciendo el recurso de argumentos que puedan inducir a su modificación”. Tal entendimiento, además de mantener el problema de la redundancia en las parcelas en las que ambas categorías son idénticas, incorporaría otro problema más grave, como es la necesidad de armonizar los aspectos en los que –como hemos visto- ambos conceptos difieren.

Veremos más adelante cómo una modulación de este paralelo posibilita adoptar una hermenéutica posible y funcional. Por ahora terminemos de explicar las razones del aparente pleonasma de la norma.

¹⁰⁶⁹ Comparte esta apreciación DE LÁZZARI, quien se expresa de este modo: “No creo posible tampoco identificar lo insustancial con supuestos que ya registran reiterados precedentes negativos del propio tribunal, pues de otro modo quedaría sin sustento la tercera de las causales del certiorari de la Provincia de Buenos Aires (recursos que plantean agravios desestimados por el mismo Tribunal en otros casos análogos)” (DE LÁZZARI, Eduardo, “La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia”, en VVAA (OTEIZA, Eduardo: coord.), *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, ob. cit., pp. 93-105, esp. p. 98). Coincidimos en esta diagnóstico con el destacado autor e integrante del máximo tribunal provincial, lo no obsta a que, al momento de encontrar una interpretación adecuada de la cláusula analizada, optemos por un criterio diverso, como luego será explicado.

c) Cuestión insustancial y fundamentación insuficiente.

Una segunda superposición del alcance de la fórmula examinada con otras previstas en el art. 31 bis, podría encontrarse al asimilar la insustancialidad con la insuficiencia.

En este caso, a diferencia de la alternativa anteriormente explorada (confusión de las cuestiones insustanciales con la resolución en casos análogos), la redundancia sólo exteriorizaría un defecto de técnica legislativa, sin demasiados inconvenientes prácticos. Las cuestiones insustanciales serían una especie dentro del género de la fundamentación insuficiente y, por ello, compartirían parcialmente su ámbito de aplicación, pudiendo ser utilizadas indistintamente en tales supuestos.

Si acudimos a la jurisprudencia de la Corte, podríamos incluso llegar a la conclusión que esta línea de pensamiento es la más acorde con su terminología habitual. En efecto, es reiterada la utilización por el citado órgano jurisdiccional, del calificativo “insustancial” para referirse a la escasa calidad argumental de la pieza recursiva. Así, por ejemplo, al considerar *insuficiente* el recurso extraordinario “que permanece en el plano de una *mera crítica insustancial*, cuestionando el pronunciamiento en cuanto lo considera injusto pero sin invocar, ni menos aún demostrar, quebrantamiento legal alguno”¹⁰⁷⁰; o al descalificar los planteos de la parte contra la eficacia de una prueba que no fue valorada por el sentenciante¹⁰⁷¹, etc.

El inconveniente de esta interpretación es que mantiene la redundancia del precepto, impidiendo en paralelo asignar a la cláusula analizada un sentido útil.

d) Cuestiones insustanciales y cuestiones intrascendentes.

Al igual que sucede en el ámbito federal, ha sido también sostenida para la jurisdicción local la asimilación entre las cuestiones insustanciales e intrascendentes,

¹⁰⁷⁰ V. SCBA L. 82.691, “Sabas”, sent. del 19-IV-2006. En similar sentido la Corte ha considerado “*insuficiente*” el recurso extraordinario en el que el impugnante formula una “*crítica insustancial*, al soslayar impugnar en forma adecuada las conclusiones volcadas en el fallo que son producto del ejercicio de atribuciones privativas” (v. SCBA, L. 95.960, “Fuentes Islas”, sent. del 13-V-2009; L. 86.588, “Guerras”, sent. del 15-VII-2009) o “limitarse a disentir con la valoración del material probatorio realizada por el tribunal de grado, mediante un *discurso insustancial* e inconsistente a los fines pretendidos, inspirado sólo en reflexiones puramente personales acerca de las dificultades de acreditar el extremo alegado” (v. SCBA L. 93.006, “Hermann”, sent. del 28-V-2008).

¹⁰⁷¹ “Teniendo en cuenta que la pieza probatoria cuestionada fue suprimida del bloque valorativo, los planteos de la parte resultan *insustanciales*?” (SCBA, P. 92.972, “O., L.”, sent. del 19-IX-2007).

solucionándose nuevamente el conflicto interpretativo mediante la supresión de una categoría potencialmente autónoma, lo que implica considerar irreductible la deficiencia técnica del legislador.

Entre los sostenedores de esta tesis en el contexto provincial, se destaca la opinión de DE LÁZZARI, quien la expone en estos términos:

“... los conceptos jurídicos indeterminados que nos ocupan –“insustancialidad” o “carencia de trascendencia”- *no son entidades independientes, autónomas o diversas, no siendo posible su tratamiento por separado.* Contrariamente, reflejan los dos platillos de una misma balanza. Lo que es insustancial no puede ser trascendente. Y lo que es trascendente jamás será insustancial [...] Es un dato del propio ser inoficioso y vacuo de la temática que se plantea y que se descarta por *no reflejar interés suficiente para ser abordado por un tribunal superior.* No creo posible tampoco identificar lo insustancial con supuestos que ya registran reiterados precedentes negativos del propio tribunal, pues de otro modo quedaría sin sustento la tercera de las causales del certiorari de la Provincia de Buenos Aires (recursos que plantean agravios desestimados por el mismo Tribunal en otros casos análogos). En definitiva, *insustancialidad o carencia de trascendencia denota ausencia de importancia y esencialidad de la cuestión planteada, una situación de la que se desprende falta de entidad, gravitación o peso y que no arroja consecuencias de interés*”¹⁰⁷².

Similar posición fue sostenida por dicho publicista en ejercicio de su función jurisdiccional como integrante de la Suprema Corte, al identificar como una misma categoría a los conceptos referidos (insustancialidad e intrascendencia). Así lo expresó al expedirse en un asunto que versara sobre un accidente de tránsito, luego de que sus colegas se expidieran sobre el fondo del asunto, rechazando el recurso por infundado:

“El recurso debe ser rechazado con base en lo dispuesto en el art. 31 bis de la ley 5827, cuando la cuestión que se somete a conocimiento es insustancial y carece de trascendencia, lo que autoriza a este Tribunal a desecharlo sin más trámite”¹⁰⁷³.

¹⁰⁷² DE LÁZZARI, Eduardo, “La denegación de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia”, cit., pp. 98-99 (énfasis agregado).

¹⁰⁷³ V. SCBA, causa C. 107.993, “Suárez”, sent. del 22-XII-2010, voto del Dr. DE LÁZZARI. El contenido del recurso cuya resolución motivara el dictado de la sentencia analizada (y su calificación de insustancial o intrascendente por el Ministro citado), se orientaba fundamentalmente a cuestionar la determinación fáctica formulada por el *a quo*, que había rechazado la demanda por responsabilidad civil, al haberse acreditado la culpa de la víctima en el accidente, sin que –en paralelo- se hubiera demostrado que el colectivo que protagonizara el accidente circulara en exceso de velocidad.

En igual sentido, v. el voto del aludido Magistrado en la causa C. 106.369, “Améstico”, sent. del 14-III-2012, en la que, luego de adherir a las razones de sus colegas preopinantes acerca de la improcedencia del embate deducido, agregó: “Sin perjuicio de ello, destaco asimismo que la cuestión sometida a conocimiento

La postura fue luego ratificada por la mayoría de la Corte, en el caso “Barigozzi”¹⁰⁷⁴, *leading case* al que nos referiremos con más detenimiento cuando analicemos el recaudo de la trascendencia en los recursos extraordinarios locales:

“... El caso se revela como *insustancial o carente de trascendencia* para ser abordado por un Tribunal superior como esta Corte, atento a la elevada misión que le cabe, por lo que corresponde la utilización de la facultad contenida en el art. 31 bis citado y desechar, sin más, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley impetrado”¹⁰⁷⁵.

Los precedentes citados interesan por tratarse de los primeros pasos de aplicación de la causal de intrascendencia en la casación local, tema sobre el que volveremos más adelante. En lo que aquí interesa, la doctrina citada importa la recepción de una corriente diversa a la que, por nuestra parte, sostenemos: la que engloba en un mismo género a las cuestiones “insustanciales” e “intrascendentes”, en la casación local.

Hemos previamente compartido la opinión de DE LÁZZARI, en el sentido de deslindar las cuestiones insustanciales del campo de acción de la resolución en casos análogos dado que, de lo contrario, se estaría asumiendo la imposibilidad de remediar el problema de la redundancia del elenco. En otras palabras, siendo que el art. 31 bis ha dedicado a la segunda hipótesis una causal específica, no cabría directamente equiparar la noción en tratamiento con la misma. Similares razones nos llevan a considerar que tampoco correspondería identificar la noción abordada con la de la intrascendencia, a la que también el legislador le asignó un motivo expreso de desestimación liminar. Ello así, a menos que la redundancia sea efectivamente irreductible y, por lo tanto, haya que

del Tribunal *es insustancial y carente de trascendencia* por lo que también, por esta vía, cabe el rechazo del recurso (art. 31 bis de la ley 5827)”.

¹⁰⁷⁴ SCBA, causa C. 107.383, “Barigozzi”, res. del 22-VIII-2012.

¹⁰⁷⁵ La mayoría de la Corte adopta esa posición en la causa “Barigozzi” (v. apartados 3 y 4 del voto del doctor DE LÁZZARI, con la adhesión total del Dr. GENOUD y la adhesión parcial de los doctores HITTERS y SORIA –que sólo dejan a salvo lo expresado por el primer juez en el pimer párrafo del 3 de su voto-). En esa parcela del sufragio del doctor DE LÁZZARI (que cuenta con la adhesión del Dr. GENOUD) también se utilizaban indistintamente las categorías de la insustancialidad y de la intrascendencia: “...El legislador ha sancionado al llamado *certiorari* que le permite -entre otros supuestos- que en cualquier estado de su tramitación esta Corte pueda, si considera que los recursos extraordinarios locales plantean una cuestión *insustancial o carente de trascendencia*, rechazarlo con la sola invocación de dicho precepto (art. 31 bis de la ley 5827)” (fallo cit., ap. 3, 1º párrafo, voto del Dr. DE LÁZZARI).

optar en definitiva por asociar la pleonástica categoría de las “cuestiones insustanciales” a alguna de las restantes causales del citado precepto.

e) Cuestiones insustanciales y ausencia de recaudos esenciales. Cuestiones abstractas.

Otra variante en la que puede encontrarse explicitada la alusión a cuestiones insustanciales en la jurisprudencia tradicional de la Suprema Corte, es la que tiene lugar ante la abstracción sobreviniente de un tema.

En efecto, la Corte ha calificado de dicho modo a los agravios que se tornaran abstractos durante el curso de la tramitación del medio de embate respectivo (vg., por alteración de las circunstancias fácticas¹⁰⁷⁶), lo que puede ser otro campo propicio para aplicar esta variante del art. 31 bis, a efectos de poner fin a las pretensiones impugnativas deducidas ante sus estrados.

Sin embargo, con este alcance tampoco puede predicarse que el dispositivo tenga autonomía, dado que la inoficiosidad sucesiva que adquiere un planteo, que impide todo pronunciamiento fondal de la Corte a su respecto, puede ser encuadrada como una hipótesis de ausencia de “recaudos esenciales”, a la que también se refiere la norma de marras (v. *supra*, ap. 4.2.a)¹⁰⁷⁷. Ello así, teniendo presente que el interés constituye un recaudo de admisibilidad del recurso y de la existencia misma de un “caso”, presupuesto necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional¹⁰⁷⁸.

f) Autonomía de las “cuestiones insustanciales” en el elenco del art. 31 bis de la ley 5827.

¹⁰⁷⁶ V. SCBA, causas P. 101.329, “B., T.”, sent. del 15-X-2008; Rp. 102.730, “M., E.”, res. del 14-X-2009; Rp. 52.333 “S., S.”, res. del 18-XI-2009.

¹⁰⁷⁷ Como fuera allí señalado, la Corte ha desestimado vía certiorari recursos extraordinarios que se tornaran abstractos sobrevinientemente, acudiendo a la causal de “ausencia de recaudos esenciales”. V., por ejemplo, SCBA causa A.71.050, “C. M. E.”, res. del 28-XII-2011.

¹⁰⁷⁸ Ha señalado reiteradamente la SCBA que: “Es propio del régimen de los recursos y en particular de los extraordinarios, que sus recaudos de admisibilidad y procedencia deben subsistir en la oportunidad de la decisión. La ausencia de los ‘requisitos jurisdiccionales’ -así denominados por la Corte Suprema nacional- puede y debe comprobarse de oficio. En tal situación, se configuran los *moot cases* que se producen cuando no hay una discusión real entre el actor y el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde el comienzo o porque, a raíz de acontecimientos subsiguientes, se ha extinguido la controversia, o ha cesado de existir la causa de la acción, o las cuestiones a decidir son enteramente abstractas, o se ha tornado imposible para el Tribunal acordar reparación efectiva (conf. Ac. 74.576, sent. del 28-VIII-2002; Ac. 88.383, resol. del 27-VIII-2003; Ac. 84.024, sent. del 24-III-2004; Ac. 91.843, sent. del 7-IX-2005; Ac. 90.414, sent. del 26-IV-2006; Rc. 95.227, res. del 26-X-2010, entre otras; v. asimismo, C.S.J.N., doct. “Fallos” 328:3996 [2005]; 329:187 y 5098 [2006]; 330:5064 [2007], etc.).

Se exhibieron hasta aquí las razones de la redundancia que, a primera vista, se detecta en el art. 31 bis de la LOPJ, al haberse incorporado en su elenco una categoría (la de “cuestiones insustanciales”) que carece de la tradición que sí posee en la órbita federal. Asimismo se han valorado como insatisfactorias las posibles alternativas de asociar lisa y llanamente tal especie, con otras contenidas en el citado precepto (vg., resolución en casos análogos, fundamentación insuficiente, cuestiones intrascendentes, cuestiones abstractas o ausencia de requisitos esenciales).

Buscaremos ahora dotar de un campo de acción propio a la fórmula aludida, para lo cual hemos de recalcar nuevamente en la conceptualización adoptada en el régimen del recurso extraordinario federal. Anticipando la conclusión que intentaremos justificar a continuación, consideramos que puede encontrarse un fructífero significado individual para la mención de las cuestiones insustanciales en el elenco de motivos que dan lugar a la aplicación del ‘certiorari’ provincial, si se opta por utilizar la misma definición federal en la órbita local.

Recordemos una vez más la definición dada por la Corte federal respecto de las cuestiones insustanciales a los efectos del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48: son aquéllas respecto de las cuales existe *una clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de indudable aplicación al caso y el recurso carece de argumentos que puedan inducir a considerar la conveniencia de modificarla*, lo cual impide cualquier controversia seria respecto a su solución¹⁰⁷⁹.

Pues bien, agotados los esfuerzos para dotar a la expresión del art. 31 bis de la ley 5827 de un sentido independiente (es decir, no superpuesto con otros motivos) y autóctono (esto es, nacido de los antecedentes propios de la casación local), consideramos adecuada y útil una hermenéutica que permita a la Suprema Corte de la

¹⁰⁷⁹ Es de destacar que la Suprema Corte local ha adoptado esta definición emanada de la Corte Suprema de la Nación, para desestimar, actuando como órgano concedente en los términos del art. 257 del CPCN, recursos extraordinarios federales en los que se articularan cuestiones ya resueltas en la jurisprudencia del último de los órganos referidos: “Cuando la tesis del recurrente fue descartada en situaciones semejantes por la doctrina de la Corte Suprema Nacional, y no se avizoran argumentos que conlleven a su reelaboración, la cuestión federal articulada es insustancial, por lo que corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto” (SCBA, Rc. 86.632, “De Feo”, res. del 19-IX-2007; Rc. 104.256, “Barayasarra”, res. del 26-10-2010; en similar sentido, Rp. 100.039, “L., M.”, res. del 18-XI-2009). Lo que aquí pregonamos es que esta definición no sólo permita declarar inadmisibles recursos extraordinarios federales en tales hipótesis, sino, a la par, hacer lo propio con los remedios casatorios locales, haciendo uso del instrumento regulado en el art. 31 bis de la ley 5827.

Provincia de Buenos Aires *desestimar liminarmente cuestiones federales introducidas ante sus estrados, acudiendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación en la materia.*

Cabe formular algunas advertencias en cuanto al posible rendimiento de dicha interpretación.

En primer lugar, es de notar que a través de la misma se elude el problema de la redundancia del elenco del art. 31 bis, dado que el motivo del ‘certiorari’ basado en la existencia de “casos análogos”, se refiere a precedentes emanados del máximo tribunal provincial y no, como ocurre con el criterio que postulamos, de su par federal.

Por otra parte, cabe poner de relieve que dicha interpretación resulta especialmente útil en el ámbito de la casación bonaerense, a partir del fuerte impacto que produce la conocida doctrina “Strada – Di Mascio” en su espectro de trabajo. Dado que la SCBA está obligada a pronunciarse en las cuestiones federales debidamente llevadas a sus estrados, sin poder eximirse de ello alegando la existencia de reglas adjetivas locales que restrinjan su competencia en el punto (vg., valor del litigio, ausencia de referencia expresa a los tópicos de índole federal dentro de las causales de procedencia del embate, etc.), la interpretación que sostentemos permitiría acudir al art. 31 bis de la ley 5827 en los casos en los que los planteos federales respectivos ya hubieran sido resueltos por la Corte Suprema de la Nación¹⁰⁸⁰.

También aquí será necesario un buen uso del argumento ‘*a simili*’, condición indispensable para trasladar correctamente la solución adoptada en otros precedentes (en este caso: de la CSN), al asunto cuya resolución se encara (tema desarrollado *supra*, ap. 4.4.d).

Finalmente, es de notar que *la interpretación sugerida no necesariamente requiere que los integrantes de la SCBA consideren vinculante la jurisprudencia de la CSN*, tema que ha generado arduos debates en el seno de la primera. No es este el lugar para penetrar en las distintas posiciones que el tema ha suscitado en la Corte bonaerense durante sus distintas

¹⁰⁸⁰ Como ya fuera adelantado (v. *supra*, capítulo cuarto, parágrafo IV, ap. 3.2), ello no importa extender a la Corte bonaerense el ejercicio de las atribuciones que el art. 280 del CPCN coloca en cabeza del máximo tribunal Federal. Ya ha sido explicado que la categoría de las “cuestiones federales insustanciales” se remonta, en realidad, a una definición tradicional de la Corte Suprema, preexistente al enunciado del art. 280 del CPCN. La interpretación que se sugiere en el texto da un paso más a lo ya explicado, permitiendo que la SCBA aplique una fórmula desestimatoria breve para rechazar recursos *locales* en los que se invocan cuestiones federales, sobre la base de la existencia de una jurisprudencia consolidada contraria a la postulada por el quejoso, en el seno de la Corte nacional.

integraciones¹⁰⁸¹. En lo que aquí interesa, entendemos que ningún obstáculo se presenta a la posibilidad de que, aun los jueces que entienden que la doctrina del máximo tribunal federal no resulta vinculante, puedan hacer uso de este mecanismo decisorio,

¹⁰⁸¹ En innumerables oportunidades la Suprema Corte bonaerense ha discutido la cuestión del valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, aun en ausencia de una regla expresa que imponga el *stare decisis* en la Argentina. Diversas posturas se han adoptado en la materia, como puede verse de las discrepancias (a veces sutiles, a veces notables) que existen entre los jueces del alto cuerpo estadual sobre el punto. El criterio imperante en la materia, sostenido por la mayoría de sus Ministros, es el de la no vinculatoriedad (v. SCBA, Ac. 38.225, “Conde”, sent. del 1-IX-1987; Ac. 52.187, “Tonelli”, sent. del 19-IV-1994; C. 98.403, “Uriz”, sent. del 9-VI-2010, entre otras), aunque frente a la temas de derecho federal se ha considerado “prudente” o “discreto” aceptar la hermenéutica de la Corte Suprema (*id.*, Ac. 47.340, sent. del 17-III-1992; Ac. 47.835, “Valente”, sent. del 21-IX-1993; Ac. 56.662, “Banco del Oeste S.A.”, sent. del 12-VIII-1997; Ac. 91.478, “P., F.”, sent. del 5-V-2004 –voto del Dr. RONCORONI-).

En una posición diversa, el Dr. HITTERS ha reiteradamente expresado su postura en el sentido de que la jurisprudencia de la CSJN tiene valor vinculante para los tribunales inferiores, tanto en los temas federales como en aquellos que no lo son. En el primer caso por tratarse del intérprete último y más genuino de nuestra Carta fundamental; en el segundo, se impone moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal (su voto en causas Ac 85.566, “H., I.”, sent. del 25-VII-2002; C. 79.549, “Castro”, sent. del 22-XII-2008; C. 85.774, “Otero”, sent. del 5-V-2010; C. 106.486, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, sent. del 9-XII-2010, etc.), aunque tolerando el apartamiento fundado de la misma en hipótesis excepcionales, como, por ejemplo, cuando la doctrina del máximo tribunal federal no ha tenido una razonable reiteración, lo que demuestra que no se ha consolidado o si ha cambiado la integración del tribunal emisor, o si ha habido discrepancias argumentales en las opiniones de sus miembros (v. causas Ac. 76.907, “TaperArteche S.A.”, sent. del 19-XII-2001; Ac. 85.060, “Aguilar”, sent. del 1-IV-2004; C. 94.413, “Auge”, sent. del 18-XI-2009 –voto del Dr. HITTERS-).

Parte de similares premisas el Dr. SORIA, quien entiende que cabe seguir los precedentes de la CSJN en atención a su autoridad institucional, tanto en temas federales como en aquellos que no lo son, aunque –aquí recae la diferencia fundamental con el Ministro anteriormente citado– no resulten obligatorios. El peso de la autoridad institucional del alto cuerpo es el que torna “prudente” seguir sus lineamientos, “en el primer caso [temas federales], por tratarse del intérprete último y más genuino de la Constitución nacional, ámbito en el que no se halla limitada ni por la interpretación de los jueces inferiores ni por las articulaciones de las partes. En el segundo [temas no federales], en principio, razones de celeridad y economía procesal sugieren su seguimiento en casos análogos, aunque sin perder de vista el respeto debido a las atribuciones de las provincias de darse sus propias instituciones y regirse por ellas, pues de lo contrario se produciría una restricción indebida de las facultades jurisdiccionales de las provincias, que son inherentes a su autonomía”. (C. 101.857, “M., J.”, sent. del 3-XI-2010). Por su parte, el Dr. DE LÁZZARI, ha considerado que si bien la Corte Suprema de la Nación, por principio, sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los tribunales inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (Ac. 78.215, “Banco de la Provincia de Buenos Aires”, sent. del 19-II-2002, voto del Dr. DE LÁZZARI); mientras que el Dr. PETTIGIANI, ha destacado la “innegable gravitación” de la jurisprudencia de dicho cuerpo cimero, con independencia del debate sobre su carácter imperativo (v. su voto en causas AC. 72.379, “Torres”, sent. del 27-XII-2000; Ac. 70.555, “Sarria”, sent. del 27-XII-2000; Ac. 73.132, “Pineda”, sent. del 28-III-2001), agregando en alguna oportunidad que es dable directamente apartarse de ella cuando está en juego el derecho a la vida (Ac. 85.566, “H., I.”, cit. ; Ac. 91.478, “P., F.”, sent. del 5-V-2004 –voto del Dr. PETTIGIANI-). El doctor GENOUD, a su turno, ha señalado que si bien bastaría con apelar a razones de economía y celeridad procesal para brindar acatamiento a la doctrina de la CSN, dicha tesitura se refuerza por la circunstancia de que la propia Corte federal ha descalificado las resoluciones de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de aquélla, sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar su posición (SCBA, C. 87.122, “Mieres”, sent. del 22-XII-2010, voto del Dr. GENOUD).

No es éste el lugar de profundizar sobre el punto, sobre el que cada Ministro de las distintas integraciones históricas de la SCBA ha emitido opinión. En lo que aquí interesa, basta con advertir que *esta intensa discusión, no afecta la postura asumida en el texto, que concluye en la posibilidad de acudir al ‘certiorari’ local (art. 31 bis, ley 5827) mediante la cita de precedentes de la Corte federal*, que transformen a los planteos articulados en sede provincial en “insustanciales”, con independencia de la postura asumida por cada Ministro respecto del efecto vinculante de la jurisprudencia del órgano ubicados en la cúspide del sistema judicial del país.

para desestimar recursos que versen sobre temas resueltos por una jurisprudencia constante de la CSJN. En tal caso, la aplicación del art. 31 bis haciendo referencia a los precedentes del cimero cuerpo federal, importaría tanto como decidir de conformidad con el criterio allí asumido (mecánica que reiteradamente se ha utilizado incluso por quienes no se sienten obligados por la jurisprudencia de dicho cuerpo jurisdiccional¹⁰⁸²), sin encontrar razones propias para apartarse del mismo.

Sintetizando lo expuesto, entendemos que: i) constituye una hermenéutica posible y útil, para otorgar un campo de aplicación propio a la expresión “cuestiones insustanciales” (art. 31 bis de la LOPJ), la de considerar que las mismas tienen lugar cuando una clara y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, de indudable aplicación al caso, se ha pronunciado sobre el punto llevado ante los estrados de la SCBA, careciendo el recurso de argumentos que puedan inducir su modificación; ii) de ese modo, la expresión dejaría de ser redundante, dado que sería posible distinguirla de los demás motivos de aplicación del ‘certiorari’ local (vg., casos análogos –causal referida a los precedentes de la SCBA y no de la CSN-, insuficiencia e intrascendencia); iii) la utilización de este mecanismo de decisión no importa ni requiere reconocer la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Suprema, siendo sólo una fórmula acotada para resolver de conformidad con la misma cuando, aun quienes se sienten libres de apartarse de aquélla, no encuentren motivos para hacerlo.

4.6) *Un motivo frecuente de encuadre dudoso: la desestimación basada en la ajenidad de los motivos articulados respecto del recurso deducido.*

Dejando a salvo el parámetro de selección basado en la trascendencia de las cuestiones llevadas a los estrados de la Suprema Corte (tema que será abordado más adelante), hemos hasta aquí intentado precisar los alcances de las restantes causales de

¹⁰⁸² Así, para dar sólo un ejemplo, cabe recordar que uno de los jueces de la Suprema Corte bonaerense que con más intensidad ha pregonado la ausencia de obligatoriedad de los precedentes de la CSN, como es el doctor NEGRI (v. su voto en causas C. 100.895, “Di Tullio”, sent. del 26-VIII-2009; C. 97.890, “Carpanetti”, sent. del 2-IX-2009; C. 99.954, “Di Ciancia de Skarabluk”, sent. del 2-IX-2009; C. 104.069, “Luna”, sent. del 15-IX-2009; C. 87.349, “Edificadora Maral Inmobiliaria S.A”, sent. del 14-X-2009, etc.), ha acudido en más de una oportunidad a dicha jurisprudencia. Ambos criterios son perfectamente compatibles, ya que, en definitiva, al basar su parecer en el adoptado por la Corte federal no está sino compartiendo los fundamentos por ella adoptados (v., entre otros, voto del Dr. NEGRI en las causas C. 97.304, “Alberdi”, sent. del 15-IX-2010; C. 95.615, “Fuentes”, sent. del 3-XI-2010, etc., en los que aclarara específicamente este punto: “los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultan vinculantes sólo para el caso en que se dictaron, lo que no obsta que su contenido sea receptado en orden a su validez conceptual”).

aplicación del ‘certiorari’ local, de acuerdo con el elenco establecido en el art. 31 bis de la ley 5827 (insuficiencia, ausencia de requisitos esenciales, resolución en casos análogos, cuestiones insustanciales). En tal faena, se ha intentado en cada caso ejemplificar, con hipótesis muchas veces surgidas de la jurisprudencia de la Corte, los supuestos en los que dichas categorías encuentran aplicación.

En el presente apartado se sigue un camino inverso: partimos de la identificación de una variante tradicional y reiterada de desestimación de los recursos extraordinarios provinciales (como es la equivocación de la vía articulada para remediar cierto tipo de defectos), buscando determinar si, frente a dicha situación, es posible aplicar el instrumento de resolución examinado y, en particular, cuál sería el cauce correcto a través del cual podría procederse de ese modo. La diferente aproximación propuesta en esta parcela no responde sino al interés práctico de definir con precisión una cuestión que se reitera permanentemente en la dinámica de funcionamiento de la Corte y respecto de la cual su jurisprudencia no es uniforme. Es por ello que consideramos útil definir este problema, aun cuando nos apartemos por un momento de la sistemática hasta aquí desplegada.

El interrogante a resolver es entonces si alguno de los motivos previstos en el art. 31 bis de la ley 5827, que hemos analizado en los apartados precedentes, permite desestimar recursos que evidencian un equívoco en la selección de la vía impugnativa adecuada para ecauzar el agravio respectivo (vg., denuncian omisión de cuestión esencial por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley; pretenden revisar el acierto jurídico de la decisión fondal –cuestionando la interpretación de la normativa aplicable al caso, denunciando absurdo en la valoración de la prueba, etc.- a través del recurso extraordinario de nulidad; articulan una cuestión constitucional federal por vía del recurso de inconstitucionalidad local.

Una aclaración inicial se impone para despejar un frecuente equívoco en la materia. Cuando nos referimos a la articulación de ciertos planteos por senderos de casación inadecuados, no necesariamente estamos haciendo referencia al ya explicado defecto de promiscuidad recursiva. La selección incorrecta del recurso constituye un género que abarca varias especies. En todos los casos, se trata de un apartamiento del principio de unicidad vigente en la materia, según el cual –como fuera anticipado- cada tipo de agravio encuentra un carril adecuado para ser articulado, no siendo fungibles las

vías de embate para denunciar las diversas infracciones pasibles de ser cometidas por los jueces de grado.

Ahora bien, existen diversos modos infringir dicho postulado, de los que cabe identificar dos grupos principales para que se entienda el deslinde que aquí se procura.

El más grave supuesto de infracción del principio de unicidad es la promiscuidad propiamente dicha, al que ya nos hemos referido: el quejoso interpone más de un recurso y denuncia múltiples defectos sentenciales, sin aclarar a qué embate corresponde cada planteo. A consecuencia de dicha falencia técnica esencial, como ha sido explicado, la Corte modernamente ha procedido a la desestimación de ambos embates, incluso mediante la aplicación del art. 31 bis de la LOPJ (v. *supra*, ap. 4.3.b).

Un segundo grupo de casos en los que se infringe la regla aludida, es precisamente la hipótesis que intentamos dilucidar en este apartado: el encuadre incorrecto de uno o más agravios a través de medios de impugnación que no están mentados para remediarlos.

La distinción no es meramente ateneísta, sino que –por el contrario– tiene efectos destacables. Mientras que en el caso de la promiscuidad *stricto sensu*, el vicio provoca la desestimación de la totalidad de los recursos en los que se evidencie dicha confusión argumental; en la hipótesis de encuadre inadecuado de algún planteo impugnativo, la consecuencia es simplemente la desatención del agravio mal encarrilado, conservando el o los recursos su eficacia para ser abordado(s) respecto de las demás articulaciones que hubieran sido bien encauzadas¹⁰⁸³.

Volvamos entonces al interrogante original: ¿es posible en esta segunda hipótesis aplicar el art. 31 bis para la desestimación total o parcial de embates que

¹⁰⁸³ Para ejemplificar la distinción de marras, imagínense dos hipótesis diversas, correspondientes a cada uno de los fenómenos deslinados en el texto. Un primer caso (promiscuidad) se daría, vg., si el quejoso impugna una sentencia a través de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, de nulidad e inconstitucionalidad, fundados conjuntamente mediante la denuncia de arbitrariedad (por manifiesto desconocimiento de elementos de juicio fundamentales, omisión de argumentos deducidos oportunamente, etc.) y un planteo de inconstitucionalidad de la normativa pertinente. En tal caso, siendo que el quejoso no especifica a cuáles de los medios de embate corresponde cada defecto, cabe desestimarlos a todos, incluso aplicando el art. 31 bis de la LOPJ. El segundo caso, más frecuente en la práctica y al que nos referimos en este apartado (encuadre indebido de ciertos agravios en medios de ataque impropios), se daría, por ejemplo, si se interpone un recurso extraordinario de nulidad en el que se denuncia la omisión de cuestión esencial, la ausencia de mayorías en el decisorio y la indebida interpretación de la norma que ha servido para dar solución al caso. Siendo que los dos primeros tópicos son propios del medio de embate deducido y el tercero no lo es, el déficit incurrido sólo acarrea, como vimos en el texto, la imposibilidad de atender el planteo indebidamente articulado y no la desestimación de la presentación *in totum*, como ocurre con la promiscuidad *stricto sensu*.

padecen de dicha deficiencia? Y si es así, ¿qué causal corresponde aplicar dentro de las previstas en el elenco de dicha norma?

La Suprema Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el punto, a veces sin hacer referencia a ninguno de los motivos del ‘certiorari’ provincial¹⁰⁸⁴ (apartándose de ese modo de la exigencia de motivación mínima que impone el art. 31 bis) y, otras veces, encuadrando el supuesto *sub examine* en distintos motivos de ‘certiorari’, como el de la resolución en “casos análogos”¹⁰⁸⁵ o la “ausencia de requisitos esenciales”¹⁰⁸⁶.

Entendemos que ninguno de estos supuestos se ajusta adecuadamente al caso de agravios introducidos equivocadamente por el quejoso, a consecuencia de una mala elección de la vía casatoria. En cuanto a la resolución en casos análogos porque, si bien es cierto que en muchas oportunidades se ha resuelto la desestimación de recursos extraordinarios sobre la base del principio de unicidad, tal encuadre hace presente una vez más el problema de la excesiva generalidad en la utilización del argumento analógico (v. sobre el tema *supra*, ap. 4.4.b). La segunda tesitura, por la que se califica a esta situación como una variante de “ausencia de recaudos esenciales”, también merece ser observada porque –como hemos señalado– resulta más adecuado dejar esta categoría para los casos de incumplimiento de requisitos de admisibilidad puros del embate. Con

¹⁰⁸⁴ Así, por ejemplo, lo ha resuelto en la causa SCBA, Ac. 87.021, “M., M.”, sent. del 27-VIII-2003, en la que aplicó el art. 31 bis para la desestimación de un recurso de nulidad calificado como de inconstitucionalidad, en el que se denunciaba absurdo, violación de las normas sobre apreciación de la prueba y demás errores de juzgamiento al amparo del art. 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (que impone el deber de fundamentación de las sentencias). Lo expresó de este modo: “El recurso extraordinario de inconstitucionalidad (rectius: nulidad) interpuesto resulta improcedente, toda vez que no se configura la alegada transgresión del art. 171 de la Constitución provincial cuando -como ocurre en el caso- el fallo impugnado tiene respaldo en expresas normas legales, siendo ajenas a este recurso cuestiones vinculadas con supuestos errores de juzgamiento como el absurdo en la valoración de la prueba y la violación al derecho de defensa en juicio (art 31 bis; ley 5827, texto ley 12.961)” (en el mismo sentido, v. SCBA Ac. 88.282 “B., A.”, res. del 4-II-2004; Ac. 100.108, “A., A.”, res. del 9-V-2007).

Con similares alcances (es decir, aplicando el ‘certiorari’ frente al error en la vía escogida por el recurrente, sin hacer referencia a la hipótesis pertinente dentro de las mentadas en el art. 31 bis), v. SCBA, Ac. 86.678, “R., M. s/ Recurso de casación. Infracción art. 2 ley 24.270”, res. del 23-XII-2003; Ac. 97.201, “Marquessi”, res. del 13-IX-2006; Ac. 92.756, sent. del 26-IX-2007 [en los dos últimos se desestimaron sendos recursos extraordinarios de nulidad que contenían agravios vinculados con la violación al derecho de propiedad y a los principios de seguridad jurídica, legalidad, igualdad ante la ley y razonabilidad, etc., tópicos que exceden el marco de la vía intentada y son propios del recurso de inaplicabilidad de ley].

¹⁰⁸⁵ V., SCBA causas C. 104.682, “San Martín”, res. del 19-V-2010; C. 104.042, “Martínez”, res. del 28-V-2010; C. 116.650, “Maro” res. del 30-V-2012; C. 116.751, “Llorens”, res. del 6-VI-2012; C. 116.742, “Prieto”, res. del 6-VI-2012, entre muchas otras.

¹⁰⁸⁶ En tal línea, v. SCBA causas Ac. 88.764, “M., O.”, res. del 21-XI-2003; C. 107.456, “Campo”, 14-IV-2010; C. 112.925, “G., M. R.”, res. del 3-XI-2010; C. 107.510, “Zamora”, res. del 2-III-2011; L. 115.883, “Orellano”, res. del 23-V-2012, entre otras (v. *supra*, ap. 4.2.a, *in fine*).

lo que, al descartar este segundo encuadre del déficit analizado, se evita la discusión acerca de si las exigencias técnicas del recurso constituyen o no condiciones de aquel tenor.

Nos parece -en definitiva- que la hipótesis de referencia debería ser encuadrada como un supuesto de “fundamentación insuficiente”, dado que la inclusión de argumentos impropios del carril impugnativo escogido, constituye una severa falencia técnica del recurso, susceptible de descalificarlo total o parcialmente¹⁰⁸⁷.

4.7) Cuestiones intrascendentes.

Resta analizar el eje central de la reforma de la ley 13.812 que, entre otras modificaciones, incorporó en el art. 31 bis de la ley 5827 la posibilidad de que la Suprema Corte bonaerense desestime los recursos extraordinarios deducidos ante sus estrados, por considerar que las cuestiones que en ellos se plantean resultan intrascendentes.

Nos encontramos nuevamente con la utilización de la categoría más controvertida dentro de los mecanismos de selección previstos en nuestro ordenamiento: la “trascendencia”. En reiterados pasajes de esta investigación se ha prestado especial atención al concepto de marras, por tratarse de la innovación más profunda contemplada tanto en el régimen nacional (art. 280, CPCN, conf. ley 23.774 [1990]), como en el de la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis, conf. ley 13.812 [2008]), respecto de la actuación de los superiores tribunales de cada jurisdicción.

En efecto, como ha sido enfatizado en más de una oportunidad, las restantes causales previstas en dichos preceptos configuran resortes procesales que sólo tienden a acelerar el trámite de resolución de embates cuyo destino puede evaluarse liminarmente (vg., por su clara insuficiencia, por carecer de requisitos esenciales o por haber sido resuelto el tema en casos análogos). Pero con la trascendencia ocurre algo diverso, dado que, a partir de la incorporación de ese concepto, la Corte está en condiciones de seleccionar los recursos sin anticipar necesariamente su éxito futuro, sino desplegando

¹⁰⁸⁷ V., en tal sentido, SCBA, causas C. 102.234, “Etchegaray y Letamendía S.A.”, res. del 28-V-2010; C. 116.277, “AFIP-DGI”, res. del 30-V-2012 (en ambos casos, desestimando vía ‘certiorari’ los recursos de inaplicabilidad de ley deducidos, por considerarlos insuficientemente fundados, al advertir –entre otras falencias- que el quejoso había denunciado por esa vía la omisión de cuestiones esenciales, infracción que – como es sabido- sólo puede ser revisada mediante el recurso extraordinario de nulidad.

un examen más sofisticado de admisibilidad, que intentaremos explicar a continuación. El resultado de dicha valoración, por ende, permite cerrar el paso a recursos que quizás, si fueran tratados en el fondo, serían acogidos, pero que por no contener planteos lo suficientemente relevantes como para motorizar la actuación de un tribunal superior, son relegados de su competencia casatoria.

La SCBA aún no ha utilizado constante y sistemáticamente esta variante de actuación del ‘certiorari’ local. Sin embargo, el interés en el estudio de esta noción es evidente, ya que se trata de un instrumento idóneo para producir un cambio significativo en el ámbito de la casación bonaerense.

Hasta fecha reciente, sólo el doctor DE LÁZZARI había anticipado la posibilidad de utilizar esta categoría en el ámbito de la Suprema Corte, calificando –según lo adelantáramos- como “insustancial” o “carentes de trascendencia” cuestiones como la determinación de los hechos en un accidente de tránsito, con la discusión adicional sobre la ruptura del nexo causal por culpa de la víctima en la emergencia¹⁰⁸⁸ o la interpretación de los escritos constitutivos del proceso para verificar si el *a quo* se había apartado del principio de congruencia en un caso concreto¹⁰⁸⁹.

Más acá en el tiempo, la opinión del citado magistrado fue receptada por la mayoría de la Corte, en la causa “Barigozzi”¹⁰⁹⁰. En dicho precedente, la selección negativa basada en la “intrascendencia” de las cuestiones debatidas concitó la adhesión de los doctores DE LÁZZARI, GENOUD, HITTERS y SORIA. Con fundamentos propios, el doctor NEGRI se pronunció por la improcedencia fondal del recurso, lo que permite advertir implícitamente su renuencia a utilizar esta variante de ‘certiorari’ en el caso (art. 31 bis, ley 5827).

Transcribiremos a continuación el fallo completo, por tratarse de un verdadero *leading case* en la materia:

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 22 de agosto de 2012, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores *de Lazzari, Hitters, Negri, Genoud, Soria*, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en

¹⁰⁸⁸ SCBA, causa C. 107.993, “Suárez”, sent. del 22-XII-2010, voto del Dr. DE LÁZZARI.

¹⁰⁸⁹ SCBA, C. 106.369, “Améstico”, sent. del 14-III- 2012, voto del Dr. DE LÁZZARI.

¹⁰⁹⁰ SCBA, causa C. 107.383, “Barigozzi, Marcos Javier contra Olivera, Carlos César y otro. Indemnización por daños y perjuicios”, res. del 22-VIII-2012.

acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa C. 107.383, “Barigozzi, Marcos Javier contra Olivera, Carlos César y otro. Indemnización por daños y perjuicios”.

ANTECEDENTES

La Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes, en lo que interesa destacar, revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y, por tanto, dispuso (i) hacer lugar a la demanda también contra Carlos César Olivera, condenándolo a pagar el 40% de la indemnización otorgada al actor y (ii) modificar el porcentaje de atribución de responsabilidad, reduciendo el que originalmente se había asignado al codemandado Héctor Domingo Aschero, el que adjudicó en un 20%, haciendo extensiva dicha condena a la citada en garantía “Federación Patronal de Seguros S.A.”.

Contra lo decidido, el apoderado del actor interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázari dijo:

1. El actor Marcos Javier Barigozzi inició demanda de daños y perjuicios contra los señores Carlos César Olivera y Héctor Domingo Aschero por los efectos dañosos de un accidente automovilístico. Oportunamente se citó en garantía a la Compañía de Seguros Federación Patronal S.A. La sentencia de primera instancia acogió dicha pretensión contra el segundo de los referidos demandados (señor Aschero) y la desestimó respecto del restante (señor Olivera).

Apelado dicho pronunciamiento, la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial departamental lo revocó. Dispuso -en lo sustancial- (i) hacer lugar a la demanda también contra Carlos César Olivera, condenándolo a pagar el 40% de la indemnización otorgada al actor y (ii) modificar el porcentaje de atribución de responsabilidad, reduciendo el que originalmente se había asignado al codemandado Héctor Domingo Aschero, el que adjudicó en un 20%, extendiendo dicha condena a la citada en garantía “Federación Patronal de Seguros S.A.”.

2. Frente a esa decisión se alza el apoderado del accionante mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley [...], mediante el cual denuncia la violación del art. 1113 del Código Civil, de doctrina de esta Corte que cita y absurdo en la apreciación de la prueba. Solicita, además, aumento de sumas en rubros indemnizatorios y aplicación de la tasa activa.

3. En este contexto es necesario recordar que para evitar que la vía extraordinaria sea utilizada como una mera tercera instancia, el legislador ha sancionado al llamado *certiorari* que le permite -entre otros supuestos- que en cualquier estado de su tramitación esta Corte pueda, si considera que los recursos extraordinarios locales plantean una cuestión insustancial o carente de trascendencia, rechazarlo con la sola invocación de dicho precepto (art. 31 bis de la ley 5827).

Los protestas vertidas por la parte reclamante -como ya se adelantara- se vinculan con (i) la desestimación parcial de la demanda, motivada por la interrupción del nexo de causalidad, en orden a la culpa de la víctima en el hecho dañoso, lo que a su criterio revela un absurdo en la ponderación de las constancias de autos (art. 1113, C.C.); (ii) la cuantía otorgada por los rubros “incapacidad física” y “daño moral”, las que reputa exiguas y (iii) la aplicación de la tasa pasiva, propiciando la activa (fs. 438/451 vta.).

Así, analizando la naturaleza del conflicto subyacente en la vía impugnatoria (fs. cit.), se observa que esta reside exclusivamente en el cuestionamiento a la entidad final de la indemnización pretendida, así como a la tasa de interés aplicable a supuestos como el de autos, tópico en el que, por otro lado, no le asiste razón de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corte.

4. En consecuencia, el caso se revela -entonces- como insustancial o carente de trascendencia para ser abordado por un Tribunal superior como esta Corte, atento a la elevada misión que le cabe, por lo que corresponde la utilización de la facultad contenida en el art. 31 bis citado y desechar, sin más, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley impetrado (arts. 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812 y 289, C.P.C.C.), con costas al recurrente vencido (art. 68, Cód. cit.).

Voto, pues, por la *negativa*.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

Adhiero al voto del distinguido colega que me precede, con excepción de lo consignado en el primer párrafo del punto 3 de ese sufragio, por entender que los restantes fundamentos abastecen con suficiencia la decisión que se postula.

Voto por la *negativa*.

*A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo: [...]*¹⁰⁹¹

El señor Juez doctor Genoud, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lázari, votó también por la *negativa*.

El señor Juez doctor Soria por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votó también por la *negativa*.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, por mayoría, se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto; con costas (arts. 68 y 289 del C.P.C.C.)”.

De la transcripción precedente se pueden destacar ciertas notas especiales acerca del modo en el que la Corte, por mayoría, ha comenzado a utilizar el ‘certiorari’ de trascendencia.

En primer lugar, se aprecia en el fallo la utilización indistinta de las categorías de la “insustancialidad” y de la “intrascendencia”, criterio que no compartimos, ya que implica resignarse a considerar redundante el elenco del art. 31 bis de la ley 5827 (remitimos sobre el punto a lo expresado *supra*, ap. 4.5).

Otro dato a subrayar es la motivación que desarrolla la la Corte en el fallo de marras, para justificar la “intrascendencia” de los tópicos llevados a sus estrados. A diferencia de la conocida práctica de su par federal, que agota la exteriorización del

¹⁰⁹¹ Como fuera anticipado, el doctor NEGRI no suscribió la aplicación en el caso del art. 31 bis de la ley 5827, sino que emitió su voto *in extenso*, abordando la procedencia sustancial del recurso deducido. Es por ello que no transcribimos su opinión en el texto, ya que no aborda ningún aspecto atinente a esta investigación. La forma en la que se exterioriza la disidencia, de todos modos, interesa para destacar un aspecto de la técnica sentencial aplicada en el ámbito del certiorari.

Como puede verse, no existe en el sufragio minoritario una disidencia expresa sobre el tema de la “trascendencia” de las cuestiones debatidas, sino que se ingresa directamente sobre el fondo del asunto. Es aquí donde el fallo examinado sirve como ejemplo para recordar una práctica históricamente criticada en el ámbito de la CSN, como es la coexistencia, en un mismo decisorio, de dos o más votos en los que no se dialoga o discute acerca de la trascendencia de un asunto. Como fuera anticipado, es común encontrar en las sentencias del máximo tribunal federal, decisiones en las que algunos de sus jueces proponen la desestimación del recurso por aplicación del art. 280 del CPCN, mientras otros se expiden directamente sobre el mérito de la contienda, sin formular observación alguna acerca de la inadmisibilidad sugerida por sus colegas. Técnica que ha merecidos fundados reparos (v. entre otros: MORELLO, Augusto M., “De nuevo sobre los defectos incurridos por la Corte Suprema en su técnica sentencial”, en *JA* 1993-III-482; OLCESE, Juan María, “La resolución del certiorari ¿Admite la expresión de disidencias?”, en *El Dial.com*, DC2C6 [2003]; SCHVARTZMAN, Sebastián – GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan, “Reformas institucionales y la Corte en números”, cit., p. 57).

Si en el futuro la SCBA consolida la utilización del parámetro de la trascendencia como criterio de admisión, sería interesante encontrar en este ámbito un abordaje distinto al que, desde siempre, se cuestiona en la órbita federal. Ello se podría lograr de diversas maneras, como -por ejemplo- concentrando en una resolución de admisión o en una “primera cuestión” dentro del acuerdo, el análisis de la admisibilidad del caso, cuando alguno de los jueces, de oficio o a instancia de parte, exterioriza sus reparos respecto de la trascendencia de las cuestiones a dirimir.

juicio en una lacónica frase estereotipada (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 5), la SCBA desplegó en el caso “Barigozzi” un discurso sensiblemente más generoso en lo que se refiere a: i) la identificación de los antecedentes del caso; ii) la causal de certiorari aplicada; y iii) los tópicos concretos que son considerados irrelevantes (la controversia sobre la interrupción del nexo causal; la determinación de la cuantía de la indemnización; la definición de la tasa de interés a aplicar en cada caso, especialmente cuando se pretende utilizar una alícuota distinta a la que la SCBA ha fijado como doctrina legal¹⁰⁹²).

Sólo con la consolidación del uso de la herramienta examinada, se podrá apreciar si la tendencia del discurso justificativo se mantiene en el tiempo (remitimos sobre el punto a lo explicado *infra*, ap. 6). En cualquier caso, la amplitud de la motivación deberá ser acompañada de otros instrumentos destinados a fomentar la transparencia en el proceso de selección. Así, por ejemplo, corresponderá facilitar el conocimiento, por parte de la comunidad, de las pautas generales por las que la Corte juzga la trascendencia de un asunto y, eventualmente, aborda discrecionalmente temas privados de dicha nota (v. *supra*, capítulo segundo, par. II, ap. 3; e *infra*, par. VI, ap. 1).

Al estudio de estos parámetros nos dedicaremos fundamentalmente a continuación.

a) *La trascendencia y el rol institucional de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.*

Una vez más iniciaremos la indagación relativa a los parámetros idóneos para definir la trascendencia de los casos llevados ante un superior tribunal (en este caso, ante la SCBA), recordando el *criterio teleológico* que –a nuestro juicio– es el que mejor se adapta al instituto.

Según fuera desarrollado oportunamente (v. *supra*, capítulo segundo, par. VI y capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.a)], a través de una visión finalista del instituto es

¹⁰⁹² Como fuera anticipado, respecto de este último tema, la Corte acudió en reiteradas oportunidades a otra de las causales contempladas en el art. 31 bis de la ley 5827, como es la “resolución en casos análogos” (v. *supra*, ap. 4.4.g). El criterio sentado en el precedente de marras, parecería transformar a los temas resueltos en casos análogos de modo desfavorable para el recurrente, en cuestiones intrascendentes, con lo cual se perfeccionaría un nuevo supuesto de superposición de motivos del ‘certiorari’ local. No debe olvidarse, de todos modos, que cuando la SCBA considera que un caso es “intrascendente” se sanciona al recurso con la inadmisibilidad, mientras que en la hipótesis de casos análogos, el máximo tribunal se está pronunciando anticipadamente sobre el mérito del asunto.

posible recortar, en parte, la discrecionalidad abierta que para muchos caracteriza al ‘certiorari’, forzando a la Corte a explorar sus propios cometidos institucionales y a pronunciarse sólo sobre el mérito de los casos que la lleven a desarrollar tales objetivos. Así, por ejemplo, si se entendiera que el papel central que debe cumplir el alto cuerpo bonaerense es el de uniformar la jurisprudencia sobre el derecho común (civil, comercial, penal, laboral), sólo deberían acceder a sus estrados aquellos asuntos en los que se demostrara la necesidad de fijar doctrina legal sobre un punto de derecho de tales características (vg., porque los tribunales inferiores hubieran adoptado posturas inconsistentes a su respecto).

Siguiendo esta visión teleológica, los mecanismos de “filtro” reconocidos a los superiores tribunales son concebidos como un *instrumento* orientado a perfeccionar su rol institucional, permitiéndoles aliviar la pesada carga de trabajo que los aqueja y concentrar su actividad en las materias para las cuales fueron pensados. Ello, naturalmente, demanda inspeccionar acabadamente la (o las) misión(es) que se entiende(n) fundamental(es) dentro de las diversas competencias asignadas a un tribunal superior.

Lo expresado es un punto de partida que no debe llevar a la confusión de creer que con una simple indagación sobre los roles que tradicionalmente han sido asumidos por la Corte y la valoración de la calidad de un asunto para hacer que aquél se despliegue en concreto), se agota el problema. Esa tarea es necesaria, pero no suficiente para construir una teoría adecuada en torno a las potestades de selección del superior tribunal. Ello así, como lo señaláramos al abocarnos al régimen federal (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.a)], en atención a la *heterogeneidad de roles reconocidos a la Suprema Corte*, que en más de una oportunidad pueden llevar a soluciones diversas para un interrogante del estilo: “¿resolver esta cuestión, corresponde al ejercicio de las misiones institucionales de esta Corte, como para admitir el recurso extraordinario?”. Así, por ejemplo, si se considerara que la llamada “función axiológica” no podría quedar fuera del ámbito de la casación y que, en virtud de ello, la corrección de yerros groseros de valoración de la prueba debería permanecer dentro de los cometidos (aunque sea excepcionales) del máximo tribunal, un caso en el que sólo se denunciara la existencia de absurdo en la determinación de los hechos debería necesariamente ingresar a sus estrados.

Por este camino, el filtro examinado perdería buena parte de su eficacia, transformándose en un mecanismo prácticamente tautológico. Ello así, dado que la doctrina del absurdo (tal como ocurre con la “arbitrariedad” en el ámbito federal), es tan amplia y versátil que, en los hechos, cualquier recurrente interiorizado en la técnica casatoria podría pretender que “su” caso sea escuchado ante la Corte, por poner en juego una cuestión idónea para que dicho cuerpo despliegue su misión “dikelógica”, transformándose así en un asunto “trascendente”.

Es allí donde cobrará relevancia nuevamente el segundo presupuesto que define este motivo de utilización del ‘certiorari’ local: el de la repercusión general de la temática debatida.

El esquema a seguir será, entonces, similar al diseñado respecto del recaudo de la trascendencia en el ‘ceriorari’ federal (art. 280, CPCN), aunque obviamente los contenidos variarán en atención a la diversidad de los regímenes involucrados y las distintas misiones institucionales de la CSN y de la SCBA.

Inicialmente, identificaremos las funciones tradicionalmente asignadas a la casación local. Con posterioridad, despejaremos un aspecto hermenéutico fundamental para la interpretación de los alcances de la discrecionalidad conferida a la SCBA por el art. 31 bis, como es la incidencia que poseen las causales de aplicación del llamado “certiorari positivo”, en el ámbito de la selección de casos que aquí se examina. En particular, se examinará si dichos estándares definen y agotan aquello que cabe considerar “trascendente” en el ámbito de la casación local. Sobre dichas bases, intentaremos contruir una teoría adecuada para la administración prudente pero efectiva del instrumento de selección analizado, haciéndonos cargo de la heterogeneidad de los roles institucionales de la Corte, a la que se hiciera referencia previamente, y del impacto de dicha heterogeneidad respecto de los parámetros con los que se mide la trascendencia de un asunto. Finalmente, analizaremos la posibilidad de que, a partir del manejo prudente del “filtro” basado en la trascendencia de los asuntos, el alto cuerpo bonaerense no sólo se concentre en el ejercicio de dichos roles, sino que pueda *redefinirlos*.

Comenzaremos entonces haciendo un breve repaso de las principales funciones tradicionalmente asumidas por la SCBA en su órbita de acción

jurisdiccional¹⁰⁹³, comenzando por su actuación como tribunal constitucional de última instancia en la Provincia de Buenos Aires.

b) Control constitucional (local y federal) de última instancia en la Provincia de Buenos Aires.

El sistema de control constitucional en la Provincia de Buenos Aires se nutre parcialmente de las dos principales tendencias o tradiciones desarrolladas en el derecho comparado sobre el punto.

No es éste, obviamente, el lugar de desarrollar *in extenso* tal premisa. A título meramente orientativo, baste con recordar que en el ámbito provincial impera un régimen de inspección constitucional (local y federal¹⁰⁹⁴) concreto y difuso, de raigambre típicamente norteamericana. Pero, a la par, con una reminiscencia propia de los sistemas concentrados (continentales europeos), se establece la competencia originaria de la Suprema Corte para conocer en las acciones declarativas (no abstractas) por las que se articule de modo directo y predominantemente preventivo una cuestión constitucional local (es decir, en los que se controvierta por parte interesada la validez de una ley, decreto, ordenanza o reglamento por considerárselos contrarios a la Ley Suprema provincial -conf. art. 161, inc. 1, Const. Pcia. Bs. As.-).

Ambos sistemas coexisten, de modo que: i) quien se siente amenazado concretamente por la vigencia de una norma general que lesiona la Constitución Provincial, puede cuestionarla directamente antes de que la misma le sea aplicada a título individual (vg., a través de un acto administrativo que se valga de aquélla como

¹⁰⁹³ Cabe recordar que la Suprema Corte bonaerense, además de ser el más alto tribunal de justicia estadual, cuenta con múltiples competencias administrativas y de superintendencia relativas al funcionamiento del Poder Judicial (vg., nombramiento, remoción y traslado de los funcionarios y empleados de la totalidad de los tribunales de la provincia, salvo lo jueces –arts. 161, inc. 4, Const. Pcial.; 32, inc. b] ley 5827-; ejercicio del poder disciplinario sobre los mismos –art. 164, Const. Pcial.; 32, incs. d] e i], ley cit.-; concesión de licencias a jueces, funcionarios y empleados –art. 32, inc. f], ley 5827-; control de gestión de cada órgano jurisdiccional del Poder Judicial -art. 32, incs. u] a x], ley 5827-, etc.). Vale reiterar que se trata de labores que demandan ingentes esfuerzos de los integrantes del máximo tribunal, que cuenta a esos efectos una amplia estructura orgánica compuesta por diversas secretarías y subsecretarías dotadas de funcionarios que la asesoran en la toma de decisiones de dicha índole.

¹⁰⁹⁴ Al referirnos en el texto al examen de constitucionalidad “local y federal”, estamos haciendo alusión a la atribución de los jueces provinciales de controlar la compatibilidad entre la legislación infraconstitucional (leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, etc.) y la Carta provincial o nacional. En el primer caso se estará ante una cuestión constitucional “local” y en el segundo ante una cuestión constitucional “federal”. Ambas pueden ser planteadas y resueltas ante la justicia provincial, siendo posible, respecto de las últimas, la revisión de lo decidido por el superior tribunal estadual ante la Corte Suprema de la Nación, por vía del recurso extraordinario federal.

fundamento). En tal caso, corresponde incoar la acción originaria ante la SCBA, de acuerdo con el trámite previsto en los arts. 683 y ss. del CPCBA; y ii) una vez concretada la amenaza a través de un acto aplicativo o comportamiento específico que afecte al interesado, éste puede cuestionar dicha conducta de los particulares o de la administración (que se valen de la norma genérica inconstitucional como fundamento de su obrar), a través de las vías ordinarias (inhibitorias, declarativas, constitutivas, de condena, etc.), previstas en el ordenamiento para tutelar cualquier clase de lesión jurídica.

En este último caso, que constituye el camino más usual de inspección suprallegal (dados los límites legales y jurisprudenciales impuestos a la vía originaria prealudida), el control constitucional adopta los lineamientos tradicionales del sistema norteamericano también imperante en nuestro régimen federal: el control concreto y difuso, por el cual *cualquier juez* de la provincia puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, en un *caso* concreto sometido a su jurisdicción. Cuando ello sucede, la sentencia definitiva del tribunal que puso fin al conflicto en el que se dilucidara una cuestión constitucional, es susceptible de revisión a través de la competencia “apelada” de la Suprema Corte.

Los tres remedios extraordinarios locales son potencialmente aptos para resolver tópicos constitucionales, pero no son fungibles ni canjeables, dado el rigor con el que tradicionalmente se ha sostenido la vigencia del principio de unicidad recursiva en la casación bonaerense (v. *supra*, par. II, ap. 1] y par. IV, ap. 4.3.b). Es decir, que según el tipo de cuestión constitucional que se plantee, podrá escogerse una (y, en principio, sólo una) vía de embate, pudiendo resumirse dicha técnica de “encauzamiento”, del siguiente modo:

i) Cuando se procure la revisión del modo de decidir una cuestión constitucional local “compleja” (oposición de leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos, a la Constitución Provincial), el sendero impugnativo será el recurso extraordinario de inconstitucionalidad;

ii) Cuando se trata de dirimir una cuestión constitucional local “simple” (errónea interpretación o violación de una cláusula de la Constitución Provincial, con excepción de las que motivan el recurso extraordinario de nulidad) o de una cuestión constitucional federal (cualquiera de las variantes –simples o complejas- en las que se

indague la supuesta violación o errónea interpretación de la Constitución nacional), el medio de embate será el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley;

iii) Cuando se denuncie la infracción, por parte del sentenciante, de los recaudos impuestos por la Carta local para el dictado de las sentencias definitivas (omisión de cuestiones esenciales, ausencia de mayoría y voto individual en los tribunales colegiados, falta de fundamentación, conf. arts. 168 y 171, Constitución Provincial), la vía idónea será el recurso extraordinario de nulidad.

Mediante dicho arsenal impugnativo, por ende, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires cumple una de las funciones más trascendentes asignadas en diversas latitudes a los órganos ubicados en la cúspide de la organización judicial: la revisión en última instancia¹⁰⁹⁵, de la compatibilidad entre la producción normativa de los tres poderes del estado y las Leyes Supremas, tanto provincial como federal.

c) La función nomofiláctica de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

El máximo tribunal bonaerense también ejerce una de las más típicas manifestaciones de la casación de raíz franco-ibérica, como es el control de la correcta aplicación e interpretación de la ley en sentido amplio (incluyendo toda norma general y abstracta, con excepción de las Constituciones, variante a la que nos hemos referido en el apartado anterior).

El carril impugnativo a través del cual se desarrolla esta misión de contralor nomofiláctico, es el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (arts. 161, inc. 3, ap. a), Const. Pcial.; 278 y ss. CPCBA y ccs.), que permite denunciar ante sus estrados la “violación” o “errónea aplicación” de la ley (art. 279, CPCBA) en la que los tribunales inferiores de última instancia hayan fundado sus sentencias definitivas. Ello, como fuera anticipado (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 1.2), siempre que se cumplan las condiciones formales que el constituyente autoriza establecer por vía legislativa, para limitar esta vía de acceso al alto cuerpo (vg., *suma gravaminis*, depósito previo, etc.).

Nótese que, a diferencia de lo que sucede con la atribución que explicaremos en el apartado siguiente, el ejercicio de la función nomofiláctica por parte

¹⁰⁹⁵ En cuanto a la actuación “en última instancia” de la SCBA respecto de la revisión de cuestiones constitucionales, cabe dejar a salvo, obviamente, para la variante “federal” de esta atribución fundamental, la posibilidad de acudir ante la Corte Suprema de la Nación, por vía del recurso extraordinario federal (art. 14, ley 48).

de la Corte no reclama que sobre el punto examinado exista una divergencia jurisprudencial actual o potencial. Basta que esté en juego la correcta aplicación o interpretación de una norma general (cualquiera sea la materia o jerarquía de la misma) a las circunstancias probadas de la causa, para habilitar el tránsito de la misma ante esta instancia superior.

No es necesario, por ello, demostrar el riesgo de que el dilema jurídico planteado se propague o “contagie” a una serie significativa de casos presentes o futuros (aspecto que vale la pena tener presente para el momento en que analicemos el parámetro de la *repercusión general* como requisito para la configuración de la “trascendencia” de un asunto).

Sin perjuicio de la relativa claridad de las ideas precedentes, cabe resaltar que una importante serie de tópicos de derecho (en el sentido estricto de la expresión), quedan marginadas de la casación local a consecuencia de la inveterada jurisprudencia del máximo tribunal bonaerense, que reiteradamente descarta como “cuestiones de hecho” a diversas articulaciones por las que se pretende revisar ante sus estrados no ya la definición de la plataforma fáctica del caso, sino la correcta aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Así, por ejemplo, materias como la existencia de “buena” o “mala fe” del comprador o poseedor, la “gravedad” de la injuria laboral o conyugal, la actitud “abusiva” del titular de un derecho, la existencia de “culpa” en el obrar de la víctima o un tercero para romper el nexo causal entre el daño y el riesgo o vicio de la cosa, etc., han sido consideradas constantemente como cuestiones ajenas a la competencia casatoria de la Corte. Si bien nos dedicaremos en profundidad a este problema más adelante (v. *infra*, par. V, ap. 2.2), cabe advertir que esta expandida tendencia pretoriana de la Corte atenúa en buena medida la eficacia de la conclusión a la que arribáramos en el párrafo anterior. Ello así, dado que, sin reconocerlo explícitamente, el tribunal cimero termina colocando fuera de sus cánones normales de actuación a buena parte de su función nomofiláctica, especialmente a aquélla que carece de repercusión general. En otras palabras, la jurisprudencia tradicional de la Corte que impide –por regla– examinar en casación una serie significativa de cuestiones de derecho (como la adecuada subsunción de una serie de hechos indiscutidos en un precepto de textura abierta), termina –sin dar fundamento alguno para dicha

discriminación- ciñendo su función nomofiláctica a la dilucidación de problemas de calificación jurídica capaces de servir de guía de interpretación para casos similares.

Como lo explicaremos más adelante, la incorporación del estándar de la “trascendencia” en el ámbito de la casación local, puede funcionar como un instrumento idóneo para volver atrás sobre dicho yerro histórico en la sistematización que el máximo tribunal lleva adelante respecto de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho. A partir del manejo prudente de la herramienta consagrada en el art. 31 bis de la ley 5827, la Corte podrá ingresar directamente al análisis de dicho tipo de agravios, sin necesidad alguna de acudir a la doctrina del “absurdo” (como ocurre al día de la fecha), cuando entienda que, al pronunciarse en el caso concreto, puede sentar una regla jurisprudencial relevante como guía para la resolución de casos análogos. De este modo, la atribución nomofiláctica se acercará cada vez más a la función de uniformación que se explica a continuación, aunque sin demandar la presencia de un conflicto jurisprudencial actual entre los tribunales de grado.

d) La función uniformadora de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Siguiendo la referida matriz franco-ibérica del sistema de casación analizado, la SCBA tiene, entre sus más conocidas atribuciones, la de coadyuvar a la consistencia de los criterios jurisprudenciales de los tribunales inferiores, especialmente en lo relativo a la interpretación de la normativa común (civil, comercial, penal, laboral, de minería) y local (administrativa, municipal, tributaria, etc.)¹⁰⁹⁶.

Dicha télesis uniformadora también es desempeñada fundamentalmente a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que no sólo permite cuestionar ante la instancia más elevada de la justicia provincial la incorrecta aplicación o interpretación de la ley (en sentido lato –v. *supra*, apartado c]-), sino además la infracción de la “doctrina legal”.

Con algunos vaivenes en el curso de la historia jurisprudencial de la Suprema Corte, predomina desde hace ya tiempo el criterio de considerar que la

¹⁰⁹⁶ La correcta interpretación del derecho federal, si bien es susceptible de revisión en la última instancia local (fundamentalmente por vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley), cuenta con una instancia adicional de reexamen, como es el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48. A través de este remedio, como ha sido explicado (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.c), es la Corte Suprema de la Nación la que se posiciona como el más calificado intérprete del bloque normativo federal, desempeñando, de este modo, la función uniformadora sobre el mismo.

“doctrina legal”, cuyo apartamiento constituye un motivo específico (para algunos: autónomo¹⁰⁹⁷) del remedio extraordinario aludido, es la *jurisprudencia vigente de la Suprema Corte* sobre un punto de derecho pertinente para la adecuada solución del caso¹⁰⁹⁸. Como fuera anticipado (v. *supra*, ap. 4.4.c), no es necesario que la misma esté consolidada por la reiteración de decisiones armónicas; basta, por el contrario, con la

¹⁰⁹⁷ La autonomía de la infracción de la “doctrina legal” como motivo idóneo para cuestionar el acierto jurídico de la decisión, sin necesidad de acudir al precepto interpretado por aquélla, es materia controvertida.

El principal efecto práctico que en la casación civil bonaerense adquiere dicha discusión, se centra fundamentalmente en las cargas técnicas del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (art. 279, CPCBA). En este ámbito, tradicionalmente el alto cuerpo provincial ha considerado que “la mera mención de violación de la doctrina legal resulta ineficaz para dar cumplimiento a la exigencia del art. 279 del C.P.C. si no está acompañada de la norma legal a la que el precedente se refiere” (SCBA, Ac. 45.726, sent. del 3-III-1992; en el mismo sentido: Ac. 84.617, “Carpignano”, sent. del 5-V-2004). Criterio mantenido, con variantes, hasta fecha reciente: “sólo será suficiente un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley cuando se individualice concretamente la doctrina que se dice violada y se señalen los aspectos fácticos que rodearon al caso donde esta Suprema Corte sentó el criterio que se pretende aplicar, *debiéndose indicar en la respectiva denuncia la cita de la norma legal que, emanada de dicha doctrina, resulte conculcada por el tribunal de apelación* (A. 68.826 “Manuel Aguirre S.A.”, sent. del 5-XI-2008; A. 69.199, “Rosl”, sent. del 6-V-2009).

En contra, entendiendo que la infracción de la doctrina legal constituye una hipótesis *autónoma*, es de recordar la posición de HITTERS: “Si bien hay una estrecha conexión entre la ley y la doctrina legal, se trata de parcelas esencialmente distintas, desde el perfil técnico [que] resulta peligroso -y además equivocado- identificar [...] El parentesco al que hemos hecho referencia no puede conducirnos a confundir los ‘personajes’, pues si bien tienen genes comunes, hay entre ellos [...] una perfecta autonomía [...] En síntesis, las diferencias están marcadas: a) *por el origen*, pues la ley surge del poder legislador y la doctrina legal no; b) *por la formulación*, ya que la primera necesita para su nacimiento de un trámite legislativo definido, y de una especial redacción y publicidad, mientras que la segunda no requiere esa formalidad; c) *por su caracterización*, pues la primera es fuente formal del derecho mientras que la segunda no lo es (HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, ob. cit., 2º ed., pp. 295-297; también ha sido la posición adoptada por dicho autor, actuando como juez de la SCBA, en diversos precedentes –v. su voto en causas L. 72.471, “Viera”, sent. del 12-XII-2001; L. 70.217, “Tronchín”, sent. del 19-II-2002; Ac. 78.111, “Dondero Hnos.”, sent. del 10-IX-2003; otro reconocido procesalista platense, el Dr. DE LÁZZARI, ha participado de dicho criterio como Ministro del máximo tribunal –v. su voto en la causa L. 75.889, “Poma Cerrunda”, sent. del 16-V-2001; L. 70.217, “Tronchín”, cit.-; v. asimismo, compartiendo este entendimiento, el voto del Dr. NEGRI en las causas L. 72.471, “Viera”, cit. y L. 71.205, “Solis”, sent. del 27-II-2002).

Pese a ello, es de recordar que, en algunos subsistemas de la casación bonaerense, la infracción de la “doctrina legal” ha ganado un campo de acción propio, como es de la determinación de la *suma gravaminis* en el proceso laboral. Así, en este trámite especial, el recaudo del valor del litigio sólo rige cuando se denuncia la infracción de la ley, pero no cuando se cuestiona el apartamiento de una doctrina legal vigente (de derecho “sustancial”, según agrega constantemente la SCBA, v. L. 90.204, “Altamirano”, sent. del 10-X-2007 L. 94.185 “Santolin”, sent. del 15-IV-2009 L. 94690 “Pacheco”, sent. del 15-VII-2009, etc.). Es decir, que en los recursos extraordinarios en materia laboral, la diferencia entre la denuncia de violación de la “ley” o de la “doctrina legal” no se reduce a una cuestión de técnica recursiva, sino que tiene impacto cierto en las condiciones patrimoniales de admisión del embate. Es dicha circunstancia la que ha llevado a la Corte a considerar, en este ámbito, que la infracción de la “doctrina legal” constituye un fundamento “autónomo” del recurso extraordinario (doct. SCBA causas RI 112.693. del 11-V-2011; RI 113.819, “Cazajous”; RI 114.157 “Moreno”; RI 113.484, las tres últimas del 18-V-2011, entre otras).

¹⁰⁹⁸ V., sobre la monopolización de la “doctrina legal” por parte de la SCBA, al ceñir dicho concepto exclusivamente a la jurisprudencia emanada de la misma: HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios ...*, ob. cit., § 83, pp. 332-341. Criticando dicha postura de la Corte y postulando la ampliación del concepto de doctrina legal más allá de la jurisprudencia de la SCBA, que englobe al “espíritu de la legislación ... la que se forma por medio de reglas de interpretación y de teoremas deducidas por la ciencia del derecho”, v. CONDORELLI, Epifanio, “Reflexiones en torno a la ‘doctrina legal’ a los fines del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la Provincia de Buenos Aires”, cit., esp. 744-745.

existencia de un precedente (el último sobre la materia), para poder considerar su desconocimiento como una hipótesis de infracción de la doctrina legal en los términos del art. 279 del CPCBA.

Si bien dicha doctrina carece de efectos normativos vinculantes (no existe una previsión que consagre en la Provincia de Buenos Aires la regla del *stare decisis*), el seguimiento que se le debe a los precedentes de la SCBA¹⁰⁹⁹ responde a diversos fundamentos que juegan armónicamente en esta jurisdicción:

En primer lugar, como es sabido, el principio de economía y celeridad procesal, que tradicionalmente ha sido invocado, en los regímenes en los que no impera el aludido principio de vinculatoriedad legal, como sustento de las diversas variantes de obligación “atenuada” de apego al precedente de los superiores tribunales¹¹⁰⁰. El origen de esta línea argumental es fácil de explicar: a través del remedio casatorio, es revocado todo pronunciamiento deducido contra las sentencias que se apartan del criterio sentado por la Corte, por lo que, para evitar el dispendio jurisdiccional que implica el paso de una causa ante el máximo tribunal, los órganos de grado ajustan su jurisprudencia a la de aquél, dejando a salvo su opinión en contrario en caso de discrepancia. De este modo, no fuerzan a las partes a tener que acudir a otra instancia, con el tiempo y costos que ello implica, para obtener la revisión del criterio del *a quo*.

Ahora bien, existen hipótesis en las que el principio de economía procesal no basta para justificar el apego a los precedentes de la SCBA. Nos referimos a los supuestos en los que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (idóneo para

¹⁰⁹⁹ La SCBA se ha pronunciado acerca de la necesidad de que sus precedentes sean seguidos por los tribunales inferiores, sin desarrollar los argumentos que se expresan a continuación en el texto. Desde hace años expresa al respecto que “el acatamiento que los tribunales hacen a la doctrina legal de esta Corte responde al objetivo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, esto es, procurar y mantener la unidad en la jurisprudencia, y este propósito se frustraría si los tribunales de grado, apartándose del criterio de la Corte, insistieran en propugnar soluciones que irremisiblemente habrían de ser casadas. Esto no significa propiciar un ciego seguimiento a los pronunciamientos de esta Corte, ni un menoscabo del deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues les basta -llegado el caso- dejar a salvo sus opiniones personales” (Ac. 42.965, sent. del 27-XI-1990, “Montes”; Ac. 45.768, sent. del 22-IX-1992, “Arambarri de Brughetti”; Ac. 52.258, sent. del 2-VIII-1994, “Gómez”; Ac. 57.981, sent. del 27-XII-1996, “Mizuno”; Ac. 58.428, sent. del 17-II-1998, “Barrionuevo”; Ac. 92.695, sent. del 8-III-2007, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”; C. 101.186, sent. del 24-VI-2009, “Schwerdt”; C. 101.548, sent. del 14-IV-2010, “Basconsellos de Martínez”; C. 111.854, “Giannettino”, res. del 7-IX-2011).

¹¹⁰⁰ HITTERS, siguiendo a ALCALÁ ZAMORA, lo expresa en estos términos: “... nadie puede ignorar la influencia moral que tiene la jurisprudencia de la casación sobre los jueces inferiores que por razones de economía procesal y celeridad, generalmente acomodan sus fallos a las directivas del órgano supremo. Claro está que al no existir la obligatoriedad impuesta por vía legal, habría que acudir al recurso de casación para lograr el acatamiento” (HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios*, ob. cit., p. 300).

cuestionar la infracción de la “doctrina legal” de la Corte), resulta inadmisibile, por ejemplo, por no estar presente el recaudo del valor del litigio o *suma gravaminis*. Así, en los casos en que el monto del agravio no supere el piso establecido en el art. 278 del CPCBA, el apartamiento de la jurisprudencia del alto cuerpo no contaría con mecanismos adecuados de reexamen en casación. Por lo que el *a quo*, al resolver un caso de estas características y verificar que tendrá la última palabra, podría seguir su propio entendimiento sobre la cuestión jurídica debatida, al considerar que el principio de economía procesal no juega como condicionante de su parecer disidente en causas de “menor cuantía”.

Es por ello que el postulado de economía y celeridad no es el único elemento a considerar como fundamento del respeto que debe brindarse a la doctrina de la Corte bonaerense, en ausencia de imposición legal de dicho poder vinculante. Coadyvan a tal observancia dos líneas argumentales adicionales.

En primer lugar, la llamada persuasión “moral” del precedente¹¹⁰¹, asociada: i) a la especial idoneidad que se presume en la integración de la Corte; y ii) a la calidad institucional de los pronunciamientos del máximo tribunal que, por estar destinados precisamente a fijar criterios de interpretación que sirvan de guía para los tribunales inferiores de la provincia, deberían estar dotados de la claridad y erudición propias de ese rol.

En segundo término, el principio de igualdad ante la ley constituye otro elemento “corrector” de la tendencia que indebidamente pudiera asumir un órgano jurisdiccional inferior, al especular (con base en la cuantía del asunto) que ciertos casos no corren el “riesgo” de ser revisados por la Corte. La tentación de apartarse de la jurisprudencia del alto cuerpo sólo en los asuntos en los que prevé que tendrá la “última palabra”, debería ceder al ser confrontada con el postulado fundamental del art. 16 de la Constitución Nacional, que impide dispensar un trato desigual a dos litigantes cuya conducta se encuentra sometida a la misma regla de derecho, apelando a un criterio tan endeble como la cuantía de la suma reclamada. Aun cuando dicho parámetro

¹¹⁰¹ Con la fórmula vinculación “moral”, a nuestro juicio, no debe entenderse incorporada a nuestro ordenamiento una fuente de persuasión “naturalista” o extrajurídica. Creemos que la *ratio* explicada en el texto, de la que emana dicha influencia del precedente de la Corte, permite afirmar que la expresión de *marras* está referida al grado de *persuasión que en el ánimo del juzgador de grado tiene un precedente del tribunal superior, por razones objetivas ajenas a una imposición legal específica*.

económico pueda ser tomado como elemento cuantitativo de trascendencia para limitar la competencia de los superiores tribunales, no constituye un criterio razonable que pueda ser utilizado por el *a quo* para resolver de modo diverso el mérito de dos contiendas análogas.

Es por ello que el principio de igualdad, junto con el prestigio o “autoridad moral” de la Suprema Corte, completan el arsenal argumental que impone a los tribunales inferiores de la Provincia de Buenos Aires seguir la jurisprudencia emanada de aquélla, aun en ausencia de una regla positiva específica que contemple el *stare decisis* en esta jurisdicción.

El ejercicio de la función uniformadora, a diferencia de lo que –como vimos– sucede con la función nomofiláctica pura, involucra más frecuentemente problemas de “repercusión general”. En efecto, la existencia de posturas jurisprudenciales inconsistentes (o el riesgo efectivo de que las mismas se presenten) importa involucrar casi automáticamente en la solución final, la preocupación por el interés de sujetos extraños a los protagonistas directos de la litis. La adecuada interpretación del precepto en cuestión servirá de referencia tanto para dar respuesta a una indeterminada cantidad de causas análogas actuales o futuras, como para guiar a quienes busquen seguir voluntariamente los designios del derecho como parámetro de conducta.

e) La función axiológica de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. La defensa del ‘ius litigatoris’ en la casación local. Doctrina del Absurdo.

Se ha argumentado en más de una oportunidad que, por el hecho de estar posicionada en la cúspide de la organización, la Suprema Corte no deja de ser un tribunal de justicia que, como tal, participa de la función axiológica propia de todo órgano integrante del poder jurisdiccional del estado.

Es a partir de dicha premisa que desde hace décadas el alto cuerpo local ha asumido la titánica labor de revisar no sólo el acierto de la interpretación normativa realizada por los tribunales de grado, sino también –aunque excepcionalmente– la valoración de la prueba y determinación de los hechos controvertidos, cuando la tarea desarrollada por el *a quo* sobre el punto resulte insostenible.

Es en buena medida discutible la construcción conceptual por la que la Suprema Corte terminó arrogándose competencia para reexaminar aspectos fácticos de la contienda. Sea que se trate de errores ordinarios de valoración de los elementos de convicción o de groseras desinterpretaciones del cuadro probatorio (absurdo), lo cierto es que el paso de una casación concentrada en la nomofilaxis y uniformación, hacia otra afinada también en la revisión de los hechos, no parece encontrar justificativo suficiente en la sola apelación a la función de “hacer justicia en el caso concreto”. Si bien puede avalarse la premisa según la cual ningún tribunal debería contentarse con resolver un litigio de otro modo que no sea “justo”, el problema a dirimir a la hora de evaluar los confines que cabe asignar a la casación es algo más complejo. Lo que resulta necesario analizar, para determinar qué rol corresponde asignar a un tribunal de estas características respecto de la justicia del caso, es si la competencia para participar en los diversos aspectos que integran dicha labor dialéctica puede distribuirse entre los órganos jurisdiccionales de la provincia.

No es éste obviamente el lugar de debatir *in extenso* acerca de la definición de aquello que correspondería considerar “justo” en concreto. Nos bastará, como guía para continuar con la línea de reflexión precedente, con apoyarnos en la aguda definición formal que de este concepto sostiene TARUFFO, para quien “la justicia de la decisión asume la forma de un algoritmo que comprende y vincula tres órdenes de valores. Los tres criterios a los cuales se alude son los siguientes: a) corrección de la [selección] y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación confiable de los hechos importantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión”¹¹⁰².

Pese a que se basa en un criterio formal de justicia¹¹⁰³, la definición precedente permite aclarar un aspecto usualmente relegado en el discurso sobre la

¹¹⁰² TARUFFO, Michele, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la Justicia civil* [trad.: Bratríz QUINTERNO], Temis, Bogotá, pp. 199-212, esp. pp. 203-204. La expresión colocada entre corchetes nos pertenece, como variación de la voz “escogencia” utilizada en la citada traducción.

¹¹⁰³ Decimos que se trata de una definición “formal” de justicia, por describir los componentes necesarios de una decisión justa (determinación verdadera de los hechos controvertidos y correcta interpretación y aplicación de la normativa aplicable al caso), sin penetrar en el modo a través del cual se aseguraría la presencia de los mismos en cada asunto a resolver. El mismo autor se encarga de aclarar el punto, al señalar que “si se miran de cerca los criterios aludidos como constitutivos de la justicia de la decisión, fácilmente se ve que ellos tienen en común la característica de no estar definidos analíticamente. En realidad cada uno de ellos es bastante vago: se trata de estándares generales más bien que de requisitos específicos, de principios

dimensión “axiológica” de la casación: no es que una casación afincada en las tradicionales funciones nomofiláctica y uniformadora se desentienda del valor justicia, sino que sólo lo atiende de modo parcial. En otras palabras, si bien es cierto que una adecuada determinación de los hechos es condición necesaria (no suficiente) para el dictado de una sentencia justa, también lo es una correcta interpretación de la normativa aplicable al caso. Por lo que, en definitiva, la misión axiológica no es ignorada, sino que queda satisfecha parcialmente cuando un superior tribunal ejercita sus potestades de control de legitimidad apuntando sus conclusiones acerca de la recta hermenéutica del derecho hacia la solución del caso concreto.

Es así que volvemos al planteo inicial, resumiendo las premisas precedentes. Según lo expresado, las exigencias de la justicia del caso concreto (misión axiológica *lato sensu*) demandan necesariamente: i) la determinación “verdadera” de los hechos controvertidos; y ii) una recta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. La ausencia de una de estas condiciones, por consiguiente, impide afirmar que el caso haya sido resuelto justamente. Por lo que, si la función “axiológica” de los superiores tribunales fuera entendida como aquélla por la que se procurara garantizar que ambos recaudos del pronunciamiento fuesen respetados, sería imposible distinguir su papel del que caracteriza a los restantes órganos del sistema. Es por ello que el constituyente, el legislador y, en alguna medida, la jurisprudencia de la misma Corte, han recortado la competencia que tiene esta última para hacer “justicia” en el caso concreto.

La primera mutilación a la que es sometida la misión dikelógica (*lato sensu*) en los regímenes de casación como el que aquí se estudia, es la tradicional distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, para marginar a las primeras de las potestades de inspección del máximo tribunal (tema sobre el que volveremos más adelante, v. *infra*, par. V. ap. 2.2). Sin embargo, como es bien sabido, en la casación local, la limitación ha quedado reducida a una mera regla, suceptible de ser dejada de lado en casos en que se produzca un error grave y manifiesto en la valoración de la prueba. En esta hipótesis, cobra virtualidad la secular creación pretoriana del “absurdo”¹¹⁰⁴, por la que la Corte se

más que de reglas particulares, o –si se quiere- de valores más bien que de conceptos rigurosos”, explicando a continuación las razones que explican la generalidad de dichos criterios. (TARUFFO, ob. cit., p. 205)

¹¹⁰⁴ La doctrina del absurdo nació en la jurisprudencia de la SCBA sin un desarrollo conceptual demasiado riguroso. Durante los primeros años del siglo XX sirvió como una simple advertencia acerca de los límites que tendría su tolerancia cuando venía denunciada la infracción de las reglas de la sana crítica, entonces

arroga la potestad de reexaminar el modo en que los hechos han sido determinados en las instancias de grado, siempre que se esté en presencia de desatinos intolerables. Es a esta manifestación del control de los hechos en casación a la que generalmente se asocia la función axiológica examinada.

imperantes en la valoración de la prueba testimonial. La Corte había históricamente sostenido que dichas reglas no constituían leyes en sentido estricto, por más que estuvieran reconocidas en el art. 219 del Código de Procedimiento Civil vigente en esa época. Dicha particular fisonomía de las máximas aludidas, impedía que su infracción pueda ser materia del recurso de inaplicabilidad de ley, que únicamente podía ser utilizado para revisar la interpretación y aplicación de las leyes que regulaban la prueba (típica, aunque no exclusivamente: las numerosas variantes de prueba legal o tasada que establecía el ordenamiento).

En la causa “Demetria Cruz de Cruz” (1911), se introdujo al pasar una salvedad a dicha doctrina tradicional nagatoria, inaugurándose la doctrina del “absurdo notorio”, sin demasiada opulencia ni mayor desarrollo conceptual: “Las reglas de la sana crítica no están escritas en la ley; y son las formas manuales de proceder de la inteligencia humana a que se ajusta toda persona razonable. Lo que el art. 219 [del Código de Procedimiento Civil] quiere decir al invocarlo, es que la prueba testifical será apreciada por los jueces con su prudente criterio; y *sólo en el extraordinario caso de una apreciación notoriamente absurda podría decirse que las reglas de la sana crítica han sido quebrantadas*. Pero ese caso no es el presente, ni es de presumir que se presente *mientras los jueces conserven la integridad de sus facultades mentales*” (SCBA, causa 9.511, *Ac. y Sent.*, “Demetria Cruz de Cruz”, sent. del 22-XI-1911, serie 7° tomo III, p. 203, esp. pp. 205-206, énfasis agregado). Puede advertirse de la transcripción que, si bien la Corte dejó allí claramente sentada la posibilidad de ingresar excepcionalmente en la revisión de cuestiones de hecho, cuando se evidenciara una hipótesis de “absurdo notorio”, dicha apertura estaba limitada a supuestos verdaderamente *patológicos*. El calificativo no es aquí utilizado metafórica, sino literalmente, ya que, de acuerdo con la lógica aplicada en el caso “Demetria Cruz”, incurrir en absurdo parecía la conducta propia de quien hubiera perdido sus facultades mentales, un verdadero insano haciendo las veces de juez. En tales términos, parecía que el resorte aludido difícilmente pudiera cobrar operatividad, premonición desmentida en décadas posteriores.

La línea jurisprudencial que negaba el ingreso a la casación de toda denuncia de infracción a las reglas de la sana crítica, se mantuvo en el tiempo, aunque la salvedad vinculada con la doctrina del absurdo adquirió un léxico más moderado, sin aludir ya a las “facultades mentales” de los jueces que pudieran incurrir en semejante error (v. SCBA, *Ac. y Sent.*, Serie 9° tomo IV, “Pájaro”, pp. 100, 239 [1919]; *íd.*, causas B. 20.749 “Urquiza”, *Ac. y Sent.*, serie 14°, t. VI, p. 266 [1934]; B. 25.527, “Guette”, *Ac. y Sent.*, serie 16°, tomo VIII, p. 238 [1939]; B. 27.820, *Ac. y Sent.*, serie 18°, t. II, p. 441 [1942]; causa B. 29.663, “Compañía Argentina de Seguros Industriales Unidos S.A.”, sent. del 24-IV-1945, en *DJBA*, t. XII, 1945, p. 317; B. 31.455, “Gómez de Sánchez”, sent. del 10-IX-1946, entre otras).

Fue a mediados del siglo pasado, con el advenimiento de los tribunales laborales de instancia única basados en la regla de libre convicción como pauta de valoración de la prueba, que la doctrina insinuada hacía décadas para toda clase de asuntos, comenzó a ser aplicada positivamente. En más de una oportunidad se revocaron decisiones viciadas por este yerro palmario, ensanchándose notablemente el campo de acción de la casación local. Se buscaba de este modo controlar la “soberanía” que, en ausencia de alzada ordinaria, tenían los tribunales del trabajo en la determinación de la plataforma fáctica de la litis, cuando desconocieran elementos de juicio claramente incorporados en el proceso, omitieran la valoración integral de las constancias aportadas en la causa, etc (V. SCBA, “Sánchez, Moisés c/ Marrone e Hijos”, sent. del 16-V-1953, LL t. 72, p. 716; *íd.*, “Amichetti y Cía”, JA 1953-III-364). Esta fase original “pro-activa” de la Corte mereció los reparos de IBÁÑEZ FRÓCHAM que en las pocas líneas que le dedica al instituto en su clásica obra señalaba: “si lo ‘absurdo’ es lo contrario a la razón y sinónimo de ‘disparate’ no parece muy feliz el uso de tal expresión. Máxime cuando actúa como cortina de humo para encubrir el exceso que significa inmiscuirse en las conclusiones sobre los hechos que el juez laboral sienta, en única instancia, apreciando la prueba en conciencia. No nos asusta que a las cosas se las llame por su nombre; pero sí nos preocupa que a los jueces se les falte el respeto. Y menos desde arriba. Y menos para despistar un avance. Si la instancia única impide de hecho el ejercicio de la casación, llámense a las cosas por su nombre y denúnciese el fracaso de ella ... si existe” (IBÁÑEZ FRÓCHAM, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pp. 314-315). Fue el inicio de una potente doctrina que, como es sabido, llegó para quedarse, creciendo y permaneciendo en los anaqueles jurisprudenciales de la Corte hasta la actualidad.

Sin perjuicio de ello, consideramos importante destacar otra cualidad de la casación bonaerense que también coadyuva a enfocar la actuación del máximo tribunal hacia las particularidades del caso concreto. Nos referimos a la cualidad denominada “impura” de la institución, que impone a la Corte componer positivamente la litis (*iudicium rescissorium*) inmediatamente después de dejar sin efecto el fallo atacado (*iudicium rescindens*).

La prohibición de reenvío, derivada del art. 289, inc. 2° del CPCBA¹¹⁰⁵, constituye un elemento relevante desde la perspectiva axiológica, ya que exige que la Corte, aun cuando no se hubiera inmiscuido en la valoración de la prueba, penetre en las circunstancias específicas de la controversia para aplicar el precepto legal, adecuadamente interpretado, a la resolución de la litis. De este modo, siguiendo la tradición ibérica, la casación local se apartó del modelo “puro” de la casación francesa, al ir más allá de la elaboración de fórmulas interpretativas generales y “bajar” dichos contenidos dogmáticos a la solución definitiva del caso llevado ante sus estrados.

Sintetizando lo expuesto, cabe concluir que aquello que, en este medio, se denomina función “axiológica” de la casación, se reduce fundamentalmente a dos aspectos centrales del funcionamiento de la jurisdicción recursiva extraordinaria provincial: i) la posibilidad excepcional de revisar los hechos a través de la doctrina del absurdo; ii) la resolución positiva, sin reenvío, del caso concreto luego de dejar sin efecto el fallo atacado.

No es difícil advertir que, por lo general, el examen que despliega la Corte en ejercicio de este cometido (especialmente a través de la doctrina del absurdo), concita prioritariamente el interés de las partes actuantes en el pleito, sin derramar su influencia directa ni indirectamente hacia una porción relevante de la comunidad. Ello tiene un impacto fundamental a la hora de analizar el parámetro de selección basado en la trascendencia del asunto, dado que, como veremos a continuación, en ausencia de dicha repercusión general, el embate no cumpliría con la condición establecida en el art. 31 bis de la ley 5827.

¹¹⁰⁵ Art. 289, CPCBA: “Contenido de la sentencia. Cuando la Suprema Corte estimare que la sentencia recurrida ha violado o aplicado erróneamente la ley o doctrina, su pronunciamiento deberá contener: 1° Declaración que señale la violación o errónea aplicación de la ley o doctrina que fundamentó la sentencia. 2° Resolución del litigio, con arreglo a la ley o doctrina que se declaran aplicables [...]” (el resaltado es propio).

Puede así anticiparse que el ejercicio de la función axiológica de la casación, en lo relativo a la revisión de los hechos controvertidos (doctrina del absurdo), no da lugar -por regla- a cuestiones trascendentes. Por lo que -al igual que sucede con la doctrina de la arbitrariedad en el ámbito federal (v. *supra*, cap. cuarto, par. IV, ap. 3.4.i)]- las hipótesis de absurdo sólo podrían ingresar en casación a través del ejercicio de la potestad discrecional que la Corte posee para admitir cuestiones intrascendentes.

Desarrollaremos este tema en los apartados sucesivos.

f) Heterogeneidad de las funciones. Variabilidad de los parámetros.

Hasta aquí ha sido desarrollado el conjunto de cometidos o funciones asumidos por el máximo tribunal de la Provincia de Buenos Aires, en ejercicio de su competencia recursiva extraordinaria. Dicho análisis, sin embargo, es sólo el comienzo.

A esta altura del discurso, nuevamente se presenta la necesidad de advertir que no basta con verificar los roles desempeñados por la Suprema Corte en cada jurisdicción, para considerar que, a partir de dicho elenco, queda automáticamente definido el tipo de asuntos capaces de superar el valladar de admisión previsto en el art. 31 bis de la ley 5827.

Tal como fuera enfatizado al estudiar el régimen nacional (art. 280, CPCN), para determinar la trascendencia de un asunto, el estudio de los cometidos institucionales del superior tribunal es un paso necesario, pero no suficiente. En tal sentido, es dable advertir inicialmente que también en la órbita de actuación de la Corte bonaerense, los roles analizados pueden ser reagrupados en dos tendencias fundamentales: i) por un lado, aquellos cometidos que, al ser ejercitados en un caso concreto, proyectan su influencia más allá de los litigantes, incidiendo en una porción significativa de la comunidad, como usualmente ocurre -por ejemplo- con la función uniformadora o con la dilucidación de una cuestión significativa de interpretación constitucional; y ii) por el otro, los cometidos primordialmente orientados a la defensa del *ius litigatoris*, cuyo principal exponente suele ser visto en la aludida doctrina del absurdo, frecuentemente invocada para la revisión de errores de hecho cuya dilucidación sólo interesa a las partes del pleito.

Frente a semejante heterogeneidad en los roles del alto cuerpo local, no puede sostenerse que sea suficiente la identificación de dichos cometidos para evaluar,

en cada caso, si se configura una cuestión trascendente en los términos del art. 31 bis de la LOPJ.

Insistimos: si, para examinar dicho recaudo de admisión, bastara con verificar la idoneidad de las cuestiones articuladas para que la Corte desarrolle alguna de las funciones que tradicionalmente se le asignan (control constitucional, nomofolaxis, uniformación, preservación de la justicia del caso), la “trascendencia”, se transformaría en la práctica, en un presupuesto pleonástico. Ello así, dado que prácticamente en todos los casos un litigante conocedor de la técnica recursiva extraordinaria podría demostrar que su recurso resulta idóneo motorizar alguno de tales cometidos institucionales. Por ejemplo, bastaría con denunciar idóneamente la presencia de un error grosero y manifiesto en la determinación de los hechos (absurdo), para sostener que la resolución fonal del embate permite al máximo tribunal desempeñar su función dikelógica. Con lo cual, todo caso (bien planteado) sería “trascendente”, porque las misiones actualmente reconocidas a dicho cuerpo jurisdiccional son tan abiertas y heterogéneas, que casi siempre un embate podría colocar a la Corte en ejercicio de aquéllas.

En síntesis, en sintonía con lo expresado para el régimen federal, también en el ámbito de la casación local una visión teleológica del ‘certiorari’, como la que en esta obra se sostiene, no puede basarse exclusivamente en un entendimiento por el cual, para juzgar la relevancia de un asunto, resulte suficiente con analizar los roles de la Suprema Corte y la calidad de un asunto para desarrollarlos. Si el estudio del recaudo en cuestión de acotara a ello, repetimos, el instrumento consagrado en el art. 31 bis de la ley 5827 perdería toda utilidad. Lo que –en paralelo- sería susceptible de aumentar el riesgo de una utilización irreflexiva del resorte, ya que, al no poder identificarse parámetro alguno que permita encuadrar sistemáticamente el ejercicio de semejante poder de selección, podría ganar terreno un nocivo entendimiento según el cual sólo el “instinto” de los abogados sea el que los guíe para evaluar la presentación de un recurso ante la Suprema Corte, y sólo el “paladar” de los operadores de última instancia sea el que los oriente para decidir la admisión de dicho embate.

Para avanzar en el camino propuesto, procuraremos inicialmente determinar qué elementos deben caracterizar a las cuestiones debatidas para ser calificadas como “trascendentes” en el ámbito de la casación local, a efectos de lo cual mantendremos una sistematización similar a la utilizada para el régimen federal, con las

obvias adaptaciones del caso, refiriéndonos a los parámetros de la “pertinencia institucional” y de la “repercusión general”. En segundo término, verificaremos de qué modo puede desarrollarse la “sana discreción” implícitamente autorizada en la variante de ‘certiorari’ que aquí desarrollamos¹¹⁰⁶, para admitir embates privados de trascendencia.

g) Presupuestos para la configuración de una cuestión de trascendencia casacional. ‘Pertinencia institucional’ y ‘repercusión general’.

Al examinar los elementos definitorios de la noción de “trascendencia” en el régimen del recurso extraordinario federal (art. 280, CPCN), destacamos la necesidad de enfocar el análisis en dos parámetros idóneos para encuadrar el estudio que, en cada caso, debe desarrollar la Corte para admitir o desestimar un embate sobre la base de este recaudo (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4], g] y h]).

En primer lugar, nos enfocamos en el requisito de “*pertinencia institucional*”, definido como la aptitud de un caso para que, al ser resuelto en el fondo, coloque al máximo tribunal en ejercicio de sus cometidos fundamentales. Se trata del primer paso en el análisis de trascendencia, que demanda inspeccionar, por un lado, qué misiones institucionales tiene o debería tener una corte suprema en el sistema jurisdiccional vigente en un momento dado; y, por el otro, si el asunto llevado a sus estrados, de ser admitido para obtener un pronunciamiento sobre el mérito, pondría al tribunal en ejercicio de tales objetivos esenciales.

Para esta fase del análisis resulta indispensable el estudio desarrollado previamente (*supra*, aps. b] a f]), relativo a las funciones que, en la Provincia de Buenos Aires, cumple la Suprema Corte cuando se desempeña como tribunal de última instancia (control constitucional, nomofilaxis, uniformación jurisprudencial, preservación de la justicia del caso).

¹¹⁰⁶ En la variante “positiva” del certiorari provincial (art. 31 bis, 4° párrafo, ley 5827), la autorización legal que se reconoce a la Corte de expedirse según su “sana discreción”, es expresa, al estilo de lo normado por el ordenamiento federal (art. 280, CPCN). No ocurre lo mismo con la especie ahora examinada (“negativa”), en la que el legislador no ha utilizado dicha fraseología (v. art. 31 bis, 1° párrafo, in fine, ley cit.). Sin embargo, al señalar que frente a cuestiones intrascendentes la Corte “podrá” rechazar el recurso deducido, está en paralelo reconociéndole la atribución de no hacerlo, admitiendo así que la Corte se pronuncie en embates intrascendentes, si encontrare mérito para ello, tema sobre el que nos pronunciaremos a continuación.

Con lo que puede concluirse inicialmente que este primer criterio de selección, deja fuera de la competencia recursiva del alto cuerpo a todo asunto en el que no se planteen cuestiones que le permitan desplegar aquellos objetivos institucionales (por ejemplo, un recurso en el que se pretenda revisar la valoración opinable de la prueba llevada a cabo por los tribunales de grado, sin siquiera alegar la existencia de una hipótesis excepcional de “absurdo”).

Ahora bien, ya hemos adelantado que ese primer examen no basta para completar el estudio del concepto analizado, dado que una perspectiva semejante tornaría al recaudo de la “trascendencia” previsto en el art. 31 bis de la ley 5827 en un instrumento casi ocioso. Ello así, sintentizando lo expresado oportunamente, dado que cualquier recurso que plantee con técnica suficiente, por ejemplo, la presencia de una hipótesis de absurdo, podría intentar la reedición del juicio de hecho ante el máximo tribunal, afirmando que un pronunciamiento fondal ubicaría a dicho cuerpo en ejercicio de su función dikelógica.

Si la SCBA siguiera un criterio semejante, apoyándose exclusivamente en la “pertinencia institucional” para definir la trascendencia de un asunto, las alternativas posibles para manejar su agenda resultarían poco alentadoras.

Una primera posibilidad importaría transformar a la reforma introducida por la ley 13.812 (esto es: la incorporación de la noción de trascendencia como criterio de selección), en un resorte casi inocuo. Siendo que prácticamente toda denuncia técnicamente adecuada destinada a la protección del *ius litigatoris*, demandaría admitir el recurso para obtener una decisión de mérito que verifique si efectivamente el agravio es fundado (por ejemplo, si el error en la valoración de la prueba ha sido evidente e intolerable –absurdo-), el proceso de selección dejaría las cosas en el mismo estado actual. Ello así, repetimos, dado que, por la heterogeneidad de las funciones de la Corte, casi toda cuestión bien articulada podría superar el valladar de la “trascendencia” y requerir un pronunciamiento fondal.

Semejante consecuencia (privar al art. 31 bis de toda utilidad para descomprimir la agenda de la Corte), podría acarrear un segundo y más delicado riesgo: que frente al escepticismo que genere el panorama anterior y la necesidad de lograr la ansiada descongestión de causas, los operadores del sistema se desentiendan de todo

apego por la sistematización en la tarea de selección, pasando a centrar el ejercicio de ese poder en aproximaciones meramente intuitivas (o “de paladar”).

Es así que se advierte la necesidad de precisar la definición de la noción de “trascendencia” en el ámbito de los recursos extraordinarios, a efectos de lo cual se impone un *segundo parámetro* también empleado al desarrollar el régimen federal: el de la *repercusión general* de las cuestiones llevadas a los estrados del máximo tribunal.

Como fuera oportunamente señalado (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.h], lugar al que remitimos para un desarrollo más extenso), el recaudo en cuestión consiste en verificar si el debate llevado ante la Corte tiene *apitud para expandir sus efectos, directa o indirectamente, sobre una porción relevante de la comunidad*. Resumiendo lo expuesto en el lugar indicado, cabe recordar que dicha virtualidad expansiva tiene lugar de dos modos distintos:

En primer término (repercusión *directa*), cuando la eficacia de la decisión se extienda a un grupo significativo del grupo social, sobre el que la sentencia actuará como mandato ejecutorio o norma de conducta, hipótesis frecuente en litigios estructurales o, en general, en procesos en los que se pretende la tutela de derechos de incidencia colectiva¹¹⁰⁷.

La segunda variante (repercusión *indirecta*), no se relaciona tanto con la eficacia inmediata del fallo, sino con la doctrina legal emanada del mismo. Así, se estará en presencia de esta forma de repercusión cuando el criterio jurisprudencial a adoptar sea susceptible de transformarse en una guía de conducta general (en ausencia de reforma legislativa) o pueda impactar en la resolución de un conjunto apreciable de casos similares, a partir de la influencia que la jurisprudencia del máximo tribunal tiene

¹¹⁰⁷ Así, entre otros, puede recordarse el precedente dictado en la causa “Boragina”, en la que la Corte dispuso hacer cesar el suministro de agua con valores de arsénico que, pese a encontrarse dentro de los parámetros normativos provinciales, no respetaban el estándar más riguroso establecido en la legislación nacional (v. SCBA, “Boragina”, sent. del 15-VII-2009). También puede evocarse el acogimiento de la acción de amparo deducida contra la ausencia de reglamentación adecuada de los emprendimientos urbanísticos desarrollados en espacios protegidos como la zona de Cariló en el Municipio de Pinamar (SCBA, Ac. 73.996, “Sociedad de Fomento Cariló”, sent. del 29-V-2002), la decisión cautelar adoptada por el alto cuerpo en la causa ambiental iniciada contra la remodelación de los estadios de fútbol en el bosque de la ciudad de La Plata, otro de los espacios protegidos de interés provincial (SCBA, A. 70.117, “Asociación Hoja de Tilo”, sent. del 23-XII-2009), etc.

sobre los restantes órganos jurisdiccionales de la provincia (v. sobre este último aspecto, *supra*, ap. d))¹¹⁰⁸.

También resultan de aplicación en la especie, con las adaptaciones pertinentes, los conceptos vertidos al estudiar el régimen nacional (art. 280, CPCN) en torno al grado de expansión que debe alcanzar el impacto directo o indirecto de la decisión, para calificar al grupo como “relevante”. Se trata, como allí lo explicamos, de uno de los aspectos más indeterminados de la definición del recaudo de la repercusión general, en el que no es posible sentar parámetros infalibles. Partiendo de la idea según la cual es innecesario que *toda* la comunidad (cada uno de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires) se vea influenciada por el debate llevado ante el máximo tribunal, es difícil identificar qué porción del grupo social puede ser considerada suficiente para dar por satisfecha la exigencia de marras.

Nuevamente *puede distinguirse* aquí la noción examinada (*trascendencia*) de la más severa categoría de la *gravedad institucional*, hipótesis esta última que –como fuera anticipado– debería quedar acotada a supuestos en los que las cuestiones litigiosas

¹¹⁰⁸ Los ejemplos de esta variante de repercusión general indirecta son múltiples, en la jurisprudencia de la Suprema Corte bonaerense. Sólo por citar algunos, podrían recordarse los precedentes sentados en las causas Ac. 95.464, “C., P.”, sent. del 27-VI-2005 y Ac. 98.830, “R., L.”, sent. del 31-VII-2006, sobre la problemática de la interpretación y validez constitucional de las normas que autorizan, en determinadas hipótesis de excepción, la interrupción de embarazos no deseados (art. 86, incs. 1 y 2, Código Penal, es decir, los llamados abortos “terapéuticos” o “eugenésicos”). También puede evocarse el caso “Mo.Po.Bo”, en el que el alto cuerpo declaró la inconstitucionalidad del art. 121, inc. 1, de la Constitución provincial, en cuanto impone, para ser candidato a Gobernador, “haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo” (A. 69.391, “Apoderado del MO.PO.BO. y otros”, sent. del 20-X-2007). Si bien la eficacia de la sentencia se limitó a la candidatura cuestionada (Francisco DE NARVÁEZ era de nacionalidad argentina, pero nacido en el exterior), la trascendencia del debate (asociado a la validez de una de las condiciones para el ejercicio de la primera magistratura provincial) quedaba evidenciada por tratarse de un tópico susceptible de reiteración en el futuro e idóneo para definir las aspiraciones políticas de cualquier ciudadano que no haya nacido en la república.

Igualmente, en la órbita del derecho privado, puede recordarse la decisión de la Corte en torno a la tasa de interés aplicable para actualizar las deudas dinerarias en épocas inflacionarias. Es decir, la determinación de aquello que constituye un ejercicio “prudente” del arbitrio, en los términos del art. 622 del Código Civil, que reconoce a los jueces de grado la posibilidad de fijar la alícuota pertinente, para los casos en que ni la ley ni las partes hayan previsto una tasa específica (v. SCBA, C.101.774, “Ponce” y L. 94.446 “Ginossi”, ambas sentencias del 21-X-2009). La imposición, para dichos casos, de la tasa pasiva bancaria, si bien se ciñó a las controversias individuales elevadas a la Corte, fue reiterada en innumerables pronunciamientos posteriores (v. SCBA, causas C. 96.764, sent. del 25-VIII-2010; C. 99.196, sent. del 4-V-2011; C. 98.401, sent. del 22-VI-2011; C. 96.271, sent. del 13-VII-2011, entre muchos otros) y tomada como criterio vinculante por diversos tribunales de grado (v., por ej., Cám. Civ. y Com., Mar del Plata, sala I, causa 143.682, “Leone”, Reg. 478-2785, sent. del 25-X-2010; íd., sala II, causa 144.502, “Sender”, Reg. 281-1696, sent. del 5-X-2010, etc.).

En la órbita procesal penal puede también recordarse la declaración de inconstitucionalidad del derogado régimen penal de menores (dec.-ley 10.067/83), por no respetar el principio de bilateralidad previo al dictado del auto de responsabilidad (SCBA, P. 77.949 sent. del 16-III-2007), que si bien fue adoptado en un caso particular, expandió indirectamente sus efectos a todos los procesos abiertos contra menores en conflicto con la ley penal, según el citado diseño procesal (derogado al día de la fecha).

tengan un verdadero impacto totalizador, afectando a la comunidad entera en sus valores más profundos. La exigencia de trascendencia de una cuestión para ingresar a la instancia casatoria, se contenta con menos: basta con que la misma sobrepase el interés de las partes del proceso, afectando directa o indirectamente a sectores significativos de la sociedad, aunque imposibles de cuantificar en abstracto.

Por último, corresponde alertar una vez más acerca de la necesidad de evitar dos confusiones frecuentes en esta materia, tema al que también nos hemos dedicado ‘*in extenso*’ al desarrollar el régimen del certiorari federal (art. 280 del CPCN).

Por un lado, debe distinguirse la repercusión general, a la que venimos haciendo alusión, de la mera difusión periodística. Si bien ambas nociones suelen confundirse en los hechos, lo cierto es que la primera categoría (*repercusión general*) constituye una condición necesaria para satisfacer el recaudo de trascendencia previsto en el art. 31 bis de la LOPJ, mientras que la segunda (*resonancia mediática*), no agrega ningún dato autónomo relevante para el examen de marras.

También debe recordarse la diferencia, reconocida en el mismo léxico del legislador, entre *cuestiones* y *casos* trascendentes. El art. 31 bis de la ley 5827 se refiere a las primeras y no a los segundos, por lo que un litigio de alto impacto institucional que llegara a la Corte para dirimir cuestiones circunstanciales o accesorias carentes de dicha nota (por ejemplo: la regulación de honorarios, la remoción de un perito, la tempestividad de la incorporación de un documento valorado en la sentencia, etc.), podría no superar el valladar analizado. Ello así, especialmente, cuando un pronunciamiento sobre dichos puntos secundarios no incidiera en la discusión principal (es decir, aquella por la que el caso hubiera ganado envergadura institucional).

Respecto de las distinciones referidas en los últimos dos párrafos, remitimos a lo expresado oportunamente (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.h)]. Por último, en cuanto a la posibilidad de identificar ciertos parámetros generales para una aproximación al estudio de la repercusión general en cada caso, v. *infra*, par. V, ap. 3.2])

b) Cuestiones intrascendentes y discrecionalidad. Los parámetros de “verosimilitud” y de necesidad de dirimir una “cuestión” intrascendente, para resolver un “caso” trascendente. El ‘certiorari’ provincial y la doctrina del absurdo.

De acuerdo con la línea argumental sostenida en el apartado anterior, la definición de aquello que corresponde considerar “trascendente” en el ámbito de la casación local, depende fundamentalmente de la presencia conjunta de dos elementos: i) la “pertinencia institucional” de las cuestiones debatidas, esto es, que las mismas, de ser admitidas para un examen fondal, coloquen a la Suprema Corte en ejercicio de uno de sus cometidos fundamentales; y ii) la “repercusión general” de los temas a dirimir, recaudo que sólo puede considerarse cumplido cuando pueda preverse que un pronunciamiento de mérito impactará directa o indirectamente sobre un grupo relevante de personas.

Ahora bien, al igual que lo advirtiéramos respecto del régimen federal, si se agotara allí el examen sobre el modo en que juega la noción de trascendencia en la casación local, quedaría irremediablemente cancelado el acceso ante la Corte de toda cuestión que, pese a corresponderse con alguno de sus cometidos que sigue considerando fundamentales (control constitucional, nomofilaxis, uniformación, función axiológica), no desborde el interés de las partes del pleito. Es decir, que el predominio del *ius litigatoris* en un caso concreto tornaría automáticamente inadmisibile el recurso, por ausencia de “repercusión general” (y, por ende, de trascendencia) en las cuestiones debatidas. Lo que, en la práctica, extinguiría casi toda posibilidad de actuación de una de las manifestaciones más conocidas de ejercicio de la llamada función axiológica del máximo tribunal, como es la doctrina del absurdo. Lo mismo ocurriría con las hipótesis en las que el control de legitimidad (función nomofiláctica), se ciña a la verificación de la correcta aplicación de la norma a una controversia específica plagada de particularidades que impidan extraer del fallo guías de interpretación relevantes para utilizar en casos análogos.

En estos ejemplos, así como en cualquier situación en la que se lleve a la Corte un debate que tenga consecuencias serias, pero sólo para el caso concreto, o que afecte ostensiblemente a los protagonistas de la contienda, pero sin alcanzar directa o indirectamente a grupos relevantes de la comunidad, las cuestiones debatidas serían absolutamente irrevisables en casación.

Sin embargo, el examen de admisión basado en la noción examinada no termina allí, dado que -como fuera anticipado- el art. 31 bis de la LOPJ, al “permtir” (no imponer) que la Corte utilice dicho resorte para desestimar cuestiones

intrascendentes, está en paralelo reconociéndole la potestad de abordarlas, según su sana discreción. Es decir que, al igual que lo que sucede en el ámbito federal, el alto cuerpo no puede hacer uso del precepto recién citado para descartar asuntos trascendentes, pero sí podrá, según su recto parecer, acudir al mismo para tratar cuestiones carentes de repercusión general.

Es en este punto en el que se manifiesta un poder discrecional *stricto sensu* en cabeza de la SCBA: la atribución de decidir cuáles de los casos intrascendentes articulados ante sus estrados pueden superar el filtro previsto en el art. 31 bis de la ley 5827. Por el contrario, si el asunto es trascendente, la potestad de admisión no es discrecional, sino que se plantea un problema de interpretación y aplicación del concepto jurídico indeterminado mentado por dicha norma.

En otras palabras: el caso trascendente *debe* ingresar, mientras que el intrascendente *puede* hacerlo, si la Corte considera que existe mérito suficiente para ello.

Ahora bien, para atenuar el riesgo de arbitrariedades en dicho proceso de decisión (es decir, en la tarea de seleccionar cuáles de los casos privados de repercusión general serán admitidos), deben encontrarse parámetros idóneos, que permitan a la SCBA acordar un trato igualitario a quienes acudan ante sus estrados con esta clase de planteos, sin comprometer, en paralelo, sus posibilidades materiales de respuesta. Es que, como ha sido enfatizado en más de una oportunidad en el curso de esta investigación, el carácter discrecional de dicha atribución, no le permite a la Corte imponer una práctica de selección meramente voluntarista. En verdad, el carácter “potestativo” establecido en el art. 31 bis de la ley 5827 habilita al alto cuerpo a fijar abiertamente su agenda y determinar sus prioridades. Pero, como ocurre también en el ámbito nacional, para que dicho ejercicio sea “sano”, consistente y respetuoso del principio de igualdad, debe definir las pautas que utilizará en dicho análisis de admisión y respetar dicha traza en el futuro.

El dilema es similar al que planteáramos durante la explicación del sistema previsto en el art. 280 del CPCN (v. capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.i): ¿qué parámetros de selección permitirían a la Suprema Corte abordar asuntos que carecen de repercusión general, respetando -en paralelo- los postulados de coherencia e igualdad de trato, por un lado, y de eficiencia en la administración de sus recursos, por el otro?

Al ejercer esta forma de discrecionalidad, insistimos, la Corte no puede “hacer lo que quiera”, sino fijar su propia agenda sobre la base de criterios prudentes y equitativos. Siendo que la ley no consagra una parametrización de temas “intrascendentes” susceptibles de obtener pronunciamiento de mérito, debe entenderse que el máximo tribunal cuenta con una autorización generosa para fijar las pautas que utilizará para proceder a la selección de las causas. Por ello, una vez definidos con amplia libertad tales patrones (sea de modo interno, sea a través de su reglamentación por vía de Acordada o incluso dejándolos exteriorizados en un fallo al que se pueda acudir como precedente), no correspondería un apartamiento arbitrario de aquéllos. Cabría, por el contrario, su aplicación en concreto para decidir cuáles de los asuntos que carecen de repercusión general (por afectar primordialmente al *ius litigatoris*), serán, de todos modos, escuchados por el órgano jurisdiccional de última instancia.

A estos efectos, como también vimos, no conviene mantener el análisis dentro de los confines de la trascendencia. Es decir, que *no constituiría un buen punto de partida*, para responder al interrogante planteado más arriba, el criterio de *medir la mayor o menor trascendencia de los casos irrelevantes*, de modo de desechar aquellos que plantean temas absolutamente banales y admitir los que son intrascendentes “pero no tanto”.

Los estándares predominantes para determinar cuáles de los asuntos privados de repercusión general obtendrán de todos modos el visto bueno para ser resueltos en el fondo, deberían ser: i) el de la *verosimilitud o perspectiva de éxito* de la impugnación; y ii) el de la *necesidad de dirimir una “cuestión” intrascendente, para resolver un tema trascendente* condicionado a dicha definición previa.

Mediante el primero de los criterios enunciados, totalmente independiente de la noción de trascendencia, la Corte estaría autorizada a concretar un estudio liminar de la fundabilidad de los recursos en los que predomina el interés subjetivo de las partes, manteniendo en trámite únicamente aquellos que posean una razonable probabilidad de ser acogidos. Mediante el segundo, la selección se apoya en un vértice diverso: lo que interesa indagar a efectos de decidir si se examinará en el fondo una cuestión intrascendente, es si su resolución resulta indispensable para estar en condiciones de afrontar un asunto de importancia general.

Ambos parámetros, como fuera explicado al expedirnos sobre el tema en el régimen federal, son perfectamente compatibles e incluso podrían funcionar

complementariamente (tendrá mayores chances de ingresar una cuestión intrascendente cuanto mayores sean las perspectivas de éxito de la impugnación y más relevantes sean los temas condicionados por dicha definición).

Se trata de pautas lo suficientemente eficientes y confiables para explicar por qué, entre un cúmulo de casos igualmente intrascendentes (vg., porque denuncian la existencia de absurdo en la valoración de la prueba), la Corte podría decidir pronunciarse sólo en el fondo de algunos de ellos. De lo contrario, sería imposible tratar de modo eficiente o igualitario a los miles de embates privados de trascendencia casacional que se deducen anualmente ante la Corte. En efecto, si no se apoyara en tales bases, el tribunal superior sólo podría tratar parejamente dicha numerosa gama de recursos, de dos modos extremos: i) o entendiendo en todas las impugnaciones (igualmente carentes de repercusión general) para recién definir su procedencia al momento de dictar sentencia definitiva; o ii) declarando inadmisibles todo embate en el que predomine la custodia del *ius litigatoris*.

Fácil es advertir que, en el primer caso, el recaudo de trascendencia caería en el vacío, perdiendo operatividad la reforma de la ley 13.812. Mientras que, en el segundo, la función axiológica de la Corte quedaría abrogada, al igual que cualquier otra forma de defensa casuística de derechos y garantías individuales vulnerados en las instancias de grado.

Frente a dicha disyuntiva, que pone en juego dos soluciones extremas, una tercera alternativa, igualmente riesgosa, se presenta: que el excepticismo derivado de la convicción de que ambas posturas son insuficientes, genere una tendencia meramente voluntarista de aproximación a la tarea de selección. Dicha secuela, además de afectar el principio de igualdad (ya que escoger uno o más recursos “intrascendentes” para ser resuelto[s] en el fondo, sin explicitar pauta alguna que avale la razonabilidad de la distinción, enfrentaría el uso del dispositivo con la garantía establecida en el art. 16 de la Constitución Nacional), terminaría incentivando a los letrados (carentes de una guía precisa de actuación) a asesorar en la materia con un sustento meramente “intuitivo”, alentando así la litigiosidad en esta sede.

Por ello, si el máximo tribunal procurara mantener viva su competencia para pronunciarse en casos que no trasciendan más allá de las partes en litigio, a efectos de remediar errores en la aplicación de la ley que carezcan de repercusión general o graves

desatinos en el juicio de hecho (absurdo), deberá acudir a los parámetros antes reseñados: i) el de verosimilitud, para admitir exclusivamente aquellos recursos que, *prima facie*, luzcan fundados; o ii) el de necesidad de la definición de una cuestión intrascendente para resolver un asunto de importancia pública general. Tales criterios permiten a la Corte reducir su sobrecarga de tareas, sin mengua del principio de igualdad.

Somos conscientes de que se trata de estándares que no están exentos de dificultades. Así, por ejemplo, el primero de ellos (verosimilitud o perspectivas de éxito de la impugnación) es susceptible de hacer desvanecer los confines entre las categorías de admisibilidad y procedencia recursiva.

Sin embargo, insistimos en la conveniencia de utilizar estos parámetros, por ser los únicos que permiten un ejercicio sano y rendidor de la discrecionalidad acordada por el art. 31 bis a la Suprema Corte. Por otro lado, también es evidente que, colocados en esta lógica, existen profundas dificultades para controlar el respeto del principio de igualdad por parte del tribunal cimero, ya que para verificar si la Corte selecciona equitativamente los casos apelando a dicho criterio o si, por el contrario, confiere indebidamente algún trato preferencial a un determinado caso, debe cotejarse no tanto el grado de trascendencia de los distintos asuntos (examen que -en general- puede concretarse con la lectura de ambos fallos), sino la verosimilitud de los recursos articulados en cada uno de ellos (lo que exige conocer las piezas fundantes de cada asunto) [v. sobre el punto, *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 4].

En general, para evitar reiteraciones ociosas, remitimos a lo expresado al justificar el uso de estos criterios en el ámbito del ‘certiorari’ federal (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.i). En particular, en cuanto a la utilización del segundo estándar (necesidad de pronunciarse sobre cuestiones intrascendentes para poder estar en condiciones de penetrar en casos relevantes), volveremos sobre el tema más adelante, al desarrollar ciertos lineamientos idóneos para reformular nuestro régimen de casación (v. *infra*, par. V, ap. 3.1.f).

i) *El filtro de trascendencia frente a la presencia de cuestiones federales. El ‘certiorari’ provincial y la doctrina “Strada - Di Mascio”*

En más de una oportunidad en el curso de esta investigación -y, particularmente, en este capítulo, destinado a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires-, se ha hecho referencia al impacto que posee la conocida doctrina de la CSN *in re* “Strada – Di Mascio” sobre la casación local.

Las reiteradas menciones a dicha influencia tienen una explicación bastante sencilla: a consecuencia de la lectura que la CSN realizó en dichos fallos del recaudo del “superior tribunal de la causa” a los efectos del recurso extraordinario federal, las provincias no pueden limitar el acceso a sus cortes supremas de causas en las que se aleguen cuestiones federales. Es decir, que ante la introducción adecuada de cuestiones federales (vg., interpretación de una ley de dicha naturaleza, planteo de una cuestión constitucional federal o, inclusive, la denuncia de arbitrariedad articulada con la suficiente seriedad), los superiores tribunales locales deben admitir el recurso respectivo, al menos para abordar dichos planteos. En otras palabras, estos últimos no pueden abstenerse de resolver las cuestiones federales introducidas en un recurso extraordinario provincial, por más que una norma local limite expresamente su competencia para hacerlo (por ejemplo, excluyendo a las cuestiones federales de las causales que habilitan ese tipo de embate, colocando topes cuantitativos –*suma gravaminis*-, etc.). En tal caso, según el criterio afirmado por la Corte Suprema de la Nación en los citados precedentes, las normas locales que de cualquier forma limitan la competencia de los tribunales ubicados en la cúspide de la organización judicial provincial, pueden ser tildadas de inconstitucionales, por impedir el pronunciamiento del “superior tribunal de la causa” necesario para que un caso pueda finalmente llegar a los estrados de la Corte Suprema de la Nación (art. 14, ley 48).

A partir de este criterio, sintéticamente explicado en el párrafo anterior, los estados locales se ven privados de organizar un aspecto relevante de la actuación de sus tribunales superiores, como es la posibilidad de modular su competencia para interpretar la legislación federal, la Constitución Nacional y hasta abordar cada denuncia de arbitrariedad llevada ante sus estrados. En tales hipótesis, las provincias no gozan de autonomía suficiente para determinar qué tribunal será el que actúe en última instancia: el órgano de mayor jerarquía en la jurisdicción deberá entender en dichos planteos, sin que el legislador pueda prever límite alguno a esa competencia apelada.

Entre las diversas secuelas de la citada doctrina, se destaca especialmente la inaplicabilidad de los filtros cuantitativos locales (valor del litigio), para contener la litigiosidad ante los superiores tribunales de provincia, cuando se ponen en juego cuestiones federales. En tales términos, quedan delineadas las premisas fundamentales de la problemática abordada en este apartado: i) frente a cuestiones federales, las provincias no pueden impedir legislativamente el tránsito del caso por el tribunal ubicado en el vértice de su jurisdicción; ii) la arbitrariedad ha sido considerada una auténtica cuestión federal por la Corte Suprema de la Nación; iii) la amplitud de la doctrina de la arbitrariedad permite que prácticamente cualquier vicio sentencial pueda ser presentado, con cierta calidad argumental, como una hipótesis que autorice su aplicación (vg., un “inaceptable apartamiento de las constancias de la causa”, una “inequívoca prescindencia de la solución normativa del caso”, etc.).

En dicho contexto, el filtro de trascendencia que venimos analizando enfrenta un interrogante fundamental, del que –en buena medida– depende su eficacia como instrumento para orientar adecuadamente los esfuerzos del máximo tribunal bonaerense: ¿podrá la SCBA, cuando comience a utilizar el ‘certiorari’ de trascendencia, considerar irrelevantes las cuestiones federales incorporadas en el recurso extraordinario local?

La insistencia con la que la Corte ha mantenido la doctrina “Strada – Di Mascio”, permiten augurar una respuesta jurisprudencial negativa al interrogante así presentado. En otras palabras, no es arriesgado pensar que la CSN termine imponiendo a la SCBA el deber de juzgar el mérito de todas las cuestiones federales deducidas ante sus estrados, prohibiéndole, en consecuencia, el uso del ‘certiorari’ negativo de trascendencia para remover de su agenda alguno de esos casos. Un entendimiento contrario, que habilite a la SCBA a decidir según su propia vara la trascendencia de cualquier asunto (incluso de uno de naturaleza federal), podrá ser visto por muchos como: a) un apartamiento de la doctrina “Strada – Di Mascio”; o b) una invasión, por parte de la Corte provincial, respecto de una potestad que su par federal ha reivindicado como propia: la de juzgar la trascendencia de las cuestiones federales involucradas en la litis (conf. art. 280, CPCN).

El problema de esta hermenéutica es que, de ser seguida a pie de juntillas, *podría transformar a la denuncia de “arbitrariedad” en un comodín facilitador* que impida a la SCBA

considerar intrascendente un intento recursivo exclusivamente enfocado en el *ius litigatoris*. En efecto, un recurrente relativamente avezado podría, sin demasiadas dificultades, enmarcar cualquier hipótesis de “absurdo” en un motivo de “arbitrariedad”, transformando así a una cuestión local “intrascendente” (susceptible de ser desestimada con la sola cita del art. 31 bis de la LOPJ) en un tema federal cuya relevancia no podría ser juzgada por la SCBA, so pena de infringir la doctrina “Strada - Di Mascio” o subrogarse en una competencia exclusiva de la CSN. De este modo, la Corte bonaerense perdería una de las manifestaciones más significativas del poder de selección que le confiere el art. 31 bis de la ley 5827, como es la potestad de desestimar liminarmente asuntos carentes de repercusión general (nota que frecuentemente acompaña, siguiendo el ejemplo citado, a la denuncia de absurdo en la valoración de la prueba).

Se trata, en definitiva, de una interpretación disfuncional que afectaría seriamente la eficacia del ‘certiorari’ local. Entendemos que una lectura diversa es aconsejable.

La interpretación postulada es la que permite a la SCBA juzgar la trascendencia de las cuestiones federales deducidas, tomando como base -a tales efectos- los criterios sentados por la CSN. La doctrina “Strada – Di Mascio” puede ser razonablemente respetada exigiendo que el cimero cuerpo bonaerense, al valorar la trascendencia de un tema federal, no pueda apoyarse en sus propias preferencias o parámetros de selección, sino que utilice los emanados de la jurisprudencia de su par federal. Ciertamente es que – como fuera anticipado- la CSN no ha explicitado suficientemente qué criterios utiliza para medir la trascendencia de un asunto, por lo que emular dicha valoración en sede local no resulta un ejercicio sencillo. Ahora bien, como lo hemos intentado demostrar previamente, la ausencia de guías explícitas en la jurisprudencia del máximo tribunal federal, no impide desarrollar una teoría adecuada acerca de los criterios que deben orientar al intérprete en la materia. Esa tesitura es la que deberá imperar, hasta tanto la CSN exteriorice con claridad los parámetros que definen la trascendencia de las cuestiones federales y la sana discreción que le permite seleccionar temas privados de dicha nota.

En síntesis, entendemos que la mera articulación de cuestiones federales no es óbice para la utilización del ‘certiorari’ negativo de trascendencia por parte de la Corte

bonaerense. La desestimación por “intrascendente” de un recurso en el que el quejoso hubiera introducido un tema de esa índole, no importa desconocer la vigencia de la doctrina “Strada - Di Mascio”, ni subrogarse en el ejercicio del poder exclusivo que el art. 280 del CPCN le confiere a la CSN. Ahora bien, la SCBA debe actuar con extrema cautela en estas hipótesis, asegurándose de juzgar la relevancia de las cuestiones federales deducidas, con la misma vara que lo hace la CSN al decidir la admisibilidad de las causas que arriban ante sus estrados.

5) ¿Se trata de requisitos de admisibilidad?

Al igual que lo hiciéramos respecto del régimen estatuido en el art. 280 del CPCN (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 4), cabe que nos detengamos en la naturaleza jurídica de las hipótesis contempladas en el art. 31 bis de la ley 5827, buscando específicamente determinar si se trata de recaudos de admisibilidad propiamente dichos.

Debe inicialmente recordarse que la circunstancia de tratarse de condiciones de admisibilidad del recurso extraordinario y no de procedencia del mismo, tiene algunos corolarios prácticos generalmente reconocidos, como –por ejemplo- la atribución del *a quo* de analizar su cumplimiento en cada caso¹¹⁰⁹ o la apertura de la competencia del superior para adoptar un pronunciamiento de mérito total o parcialmente revocatorio de la sentencia de grado.

Entrando ahora al examen sobre el encuadre de las causales previstas en el art. 31 bis de la LOPJ, cabe advertir que la respuesta al interrogante propuesto no es idéntico para todos los casos.

Así, por ejemplo, uno de los motivos de aplicación del ‘certiorari’ local importa, como ha sido destacado en más de una oportunidad, fallar anticipada o liminarmente

¹¹⁰⁹ Cabe advertir que una diferencia que oportunamente señaláramos en el ámbito del recurso extraordinario federal respecto de los efectos de considerar a un requisito como de admisibilidad o de improcedencia, no tiene un paralelo en la órbita local. En los recursos extraordinarios de la Provincia de Buenos Aires, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito federal (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 4), no se advierte la disparidad de efectos entre tales categorías (inadmisibilidad e improcedencia), en lo relativo al depósito exigido como condición para la articulación del remedio.

En el régimen nacional, como fuera explicado, basta que la queja por la que se procura revisar la denegación del recurso extraordinario federal sea admisible, para que el depósito del art. 286 del CPCN sea devuelto al quejoso, sin perjuicio del resultado final del recurso en cuanto al mérito. Por lo que existe allí una diferencia tangible entre las consecuencias de la declaración de inadmisibilidad del recurso y las de su improcedencia. En el caso de la Provincia de Buenos Aires, el depósito del art. 280 del CPCBA (que se debe acompañar con la interposición del recurso de inaplicabilidad de ley) queda perdido para el recurrente no sólo cuando la impugnación es declarada inadmisibile por la Corte, sino también cuando, siendo admitida, su resultado finalmente fuera desfavorable en el fondo (art. 294, CPCBA).

acerca del mérito de la impugnación deducida. Nos referimos a la resolución (favorable o desfavorable) del recurso por versar sobre temas abordados en *casos análogos*. En esta variante, por ende, resulta evidente que el examen no recae sobre presupuestos de admisión del recurso, sino que lisa y llanamente se resuelve el fondo del asunto de manera anticipada.

El caso de la *insuficiencia* técnica del recurso ha sido abordado previamente, al detenernos en la naturaleza de las “cuestiones federales insuficientes” a las que se refiere el art. 280 del CPCN. Una de las aplicaciones posibles de dicho sintagma, como vimos, es precisamente la referida a la inidoneidad de la pieza impugnativa a efectos de rebatir los argumentos de la sentencia atacada. Pues bien, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, dicha exigencia ha sido especialmente destacada en la jurisprudencia y praxis de la Suprema Corte, que ha reiteradamente aclarado que no le corresponde suplir las deficiencias postulatorias del embate, por vía de inferencia o interpretación oficiosa de su contenido (v. *supra* ap. 4.3.b]). Es por ello que, frente a este tipo de defectos técnicos (vg., promiscuidad recursiva, falta de indicación de la norma o doctrina legal vulnerada, ausencia de explicación concreta del modo en que se produjo dicha infracción, etc.), la Corte no ingresará en el mérito de la impugnación deducida. Así, por ejemplo, frente a tales falencias, no revisará el acierto o error de la interpretación desarrollada por el *a quo*. En ello, el recaudo de la suficiencia se muestra próximo a la categoría de la admisibilidad, en tanto se trata de un condicionante formal que debe ser superado para recién poder ingresar en el fondo de la cuestión articulada.

Ahora bien, la particularidad de esta exigencia previa al examen de mérito, es que la Corte tradicionalmente la examinaba junto con la procedencia sustancial del recurso (o, más bien: en la misma etapa del trámite). Es decir, que históricamente dicho cuerpo verificaba la presencia de ese tipo de deficiencias técnicas o argumentales, recién cuando el expediente estaba en condiciones de ser resuelto en el fondo. En tal momento, al analizar la fundabilidad del embate, de alguna manera la Corte se preguntaba implícitamente dos cosas: i) en primer lugar, si el recurso había sido técnicamente bien fundado (es decir: si era suficiente como para avanzar en el estudio de fondo); y ii) en caso afirmativo, si le asistía razón en su crítica. La suficiencia del recurso se transformaba así en un particular *recaudo de admisibilidad* del mismo (en tanto

condición formal necesaria para habilitar el examen de mérito), *que sólo se analizaba en la etapa en que la Corte penetraba en la procedencia del recurso.*

Con la sanción del art. 31 bis de la ley 5827¹¹¹⁰ y la puesta en marcha de una práctica diversa por parte de la Corte (al agregar, en la etapa en que realiza el clásico estudio liminar de admisión, un tamiz orientado a filtrar recursos insuficientemente planteados –v. *supra*, par. II, ap. 3-), puede apreciarse una aproximación cada vez más clara de la suficiencia técnica a las categorías de admisibilidad.

Contra dicho encuadre, de todos modos, subsiste el antiguo criterio jurisprudencial de la SCBA, por el que se prohíbe al *a quo* (órgano concedente) verificar la presencia o ausencia de esta cualidad del recurso¹¹¹¹. Por lo que, en definitiva, aun luego de la sanción del art. 31 bis de la ley 5827 y de la consecuente modificación del trabajo interno de la Corte, la suficiencia recursiva (en sus diversas variantes) continúa siendo una variante intermedia entre admisibilidad y procedencia. O, mejor dicho, un requisito de admisibilidad de trámite “especial”, en la medida en que todavía no se permite a los tribunales inferiores (encargados del estudio inicial de este tipo de exigencias) pronunciarse sobre el mismo.

¹¹¹⁰ En realidad, como fuera explicado oportunamente, antes de la sanción de la ley 12.961 (primera versión del ‘certiorari’ provincial), la Corte ya había desdibujado levemente la categórica descripción contenida en el texto en cuanto a la oportunidad en la que se abocaba al estudio de la suficiencia del embate, al proceder excepcionalmente a la desestimación liminar de ciertos recursos que resultaban abiertamente insuficientes (v. *supra*, par. III; v. por ej., SCBA Ac 65854, “Lamela”, res. del 4-II-1997, en el que si bien la Corte criticó al *a quo* por excederse del análisis de admisibilidad que le correspondía como órgano concedente, desestimó en el mismo acto la queja interpuesta, por entender que los vicios denunciados no encontraban en el medio de embate intentado, el carril adecuado de impugnación).

¹¹¹¹ En tal sentido, puede traerse a colación los reiterados precedentes en los que la Corte descalifica decisiones de los tribunales inferiores que, al resolver la concesión del recurso extraordinario, se extralimitan de sus funciones (acotadas exclusivamente a la admisibilidad del embate), avanzando sobre materias que le son privativas, como ocurre la definición de la “insuficiencia” de la impugnación, de acuerdo con lo señalado por el máximo tribunal. Así, por ejemplo, en la causa C. 111.086, “Beramendi”, res. del 24-VIII-2011, el actor interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que fue denegado con sustento en la insuficiencia de las críticas ensayadas. Ello motivó la deducción de la queja (art. 292, CPCBA), que fue acogida por la SCBA con sustento en que “... al decidir la desestimación de la vía extraordinaria intentada [el *a quo*] debió limitarse exclusivamente a examinar los aspectos formales, sin entrar en consideraciones de otro orden, materia privativa de esta Corte” (en similar sentido, descalificando las resoluciones de los tribunales de grado que deniegan los recursos extraordinarios por considerarlos “insuficientes”, v. SCBA L. 110.339, “Marcovecchio”, res. del 14-IV-2010; C. 112.170, “Delgado” y C. 111.902, “De La Vega Vedoya”, ambas res. del 13-X-2010; C. 108.772, “Navarro”, res. del 4-V-2011; L. 113.122, “Barrios”, res. del 16-II-2011, entre otros). En contra de dicho parecer, en algunas oportunidades la Corte ha declarado “mal concedidos” recursos extraordinarios que incurrían en defectos tradicionalmente considerados como falencias técnicas del embate, como –por ejemplo– la incorporación de agravios absolutamente ajenos a la vía intentada (v. SCBA C. 116.341, “Banco de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 7-III-2012), lo que indicaría –en discordancia con el criterio general explicado– que el tribunal *a quo* no debería haber admitido un recurso en tales condiciones.

Similares consideraciones, con las adaptaciones pertinentes, corresponde formular respecto del recaudo de la *trascendencia* que, como hemos explicado en más de una oportunidad en el curso de esta investigación, constituye un requisito de admisibilidad del recurso que, por decisión del legislador, sólo puede ser inspeccionado por el *ad quem*. El problema del enclave de esta hipótesis fundamental del art. 31 bis de la LOPJ, guarda sustancial analogía con el desarrollo concretado al referirnos a la trascendencia de la cuestión federal, razón por la cual remitimos a lo allí expresado sobre el tema (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 4.d]).

6) Motivación.

a) En varios pasajes de la investigación ha sido examinado el arduo problema de la motivación, en el ámbito de las decisiones adoptadas por los superiores tribunales al ejercer sus potestades “discrecionales” de selección de causas.

Ha sido repasada, en tal sentido, la vigencia general del deber de fundamentación de las sentencias, como corolario cardinal de la garantía del debido proceso y del principio republicano de gobierno. También se ha recalado en las razones por los que este tipo de resoluciones de admisibilidad, pese a su escasa o ausente motivación, han superado el test de constitucionalidad y convencionalidad al que en alguna oportunidad fueran sometidos bajo la sospecha de resultar contrarios a los referidos postulados legales (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 3 y 5; v. asimismo capítulo tercero, par. VI, ap. 5.3.e] y capítulo cuarto, par. IV. ap. 5).

No es éste, por consiguiente, el lugar de reiterar la problemática constitucional que acarrea la ausencia de motivación en la aplicación de los filtros que imperan en diversas latitudes. Sí, en cambio, corresponde desarrollar aquí la forma en la que ha sido regulado este aspecto del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires.

b) Como fuera examinado al desarrollar los antecedentes parlamentarios del instituto, desde su origen, el art. 31 bis de la ley 5827 había receptado las duras críticas recibidas por el ‘certiorari’ federal, adoptando una norma algo más flexible que la consagrada en el art. 280 del CPCN respecto de la fundamentación exigible para su aplicación. El criterio, por otra parte, se ve reflejado, en cierta medida, en la actuación de la Suprema Corte bonaerense, la que, al echar mano del instrumento de marras, suele incorporar alguna referencia adicional a la mera cita del art. 31 bis, sintetizando los

antecedentes del caso y señalando la causal por la que se emplea el precepto en la especie.

Así, para graficar esta tendencia, puede transcribirse al azar una de las tantas resoluciones por las que se acude a dicha norma para la desestimación de los recursos extraordinarios locales:

“La Plata, 28 de octubre de 2009.

AUTOS Y VISTO:

Los señores Jueces doctores Soria, Negri, Hitters y Kogan dijeron:

1. Los ejecutados interpusieron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley contra la sentencia de la Cámara de Apelación departamental, en cuanto revocó la de primera instancia y dispuso llevar adelante la ejecución en la moneda de origen –dólares estadounidenses- [...].

2. En su presentación denuncian la violación de los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial; 14, 17 y 18 de la Constitución nacional; 172, 173 inc. 4 y 11, 175 bis del Código Penal; 499, 502, 1047, 1101, 1198 y concs. del Código Civil; 34 inc. 4, 163 incs. 6 y 7, 164, 330 inc. 4, 354 incs. 1 y 2, 518, 542 inc. 4 y concs. del Código Procesal Civil [...]. Asimismo aducen absurdo en el pronunciamiento [...].

3. En el *sub examine* la alzada, luego de evaluar la validez extrínseca del pagaré en ejecución, estimó que en virtud de la fecha de creación del título -19 de abril de 2002-, la obligación no se hallaba alcanzada por las disposiciones contenidas en el decreto nacional 214/2002 y en la ley 25.561, que transformaron a pesos las deudas contraídas con anterioridad al 6 de enero de 2002 [...].

Agregó: ‘Por otra parte conforme lo dice la misma sentencia aunque remita a la causa subyacente de la obligación, admite expresamente que el valor de la soja adeudada *al momento del libramiento del pagaré* se convino en dólares estadounidenses, moneda en la que se establece al momento del libramiento la cantidad líquida y exigible por la que se emite el documento coincidente con la de la deuda que conforme a lo dicho por la misma sentencia es la causa de la obligación’ [...].

4. Los impugnantes estiman que la sentencia ha incurrido en incongruencia por defecto al omitir considerar la causa de la obligación que motivó el libramiento del pagaré ejecutado, lo que implicó soslayar el debate y la prueba producida en autos, apartándose así de lo resuelto en la instancia de origen, sin brindar motivos suficientes para ello, radicando allí la absurdidad sostenida [...].

Alegan -en síntesis- que se ha incurrido en ese vicio al ponderar las cláusulas del convenio granario adjuntado, que resulta el verdadero negocio celebrado entre las partes, consistiendo el título ejecutado sólo en una mera garantía que fuera suscripto en blanco por sus otorgantes y luego completado por la ejecutante, quienes pretenden enriquecerse ilegalmente a su costa [...].

5. Conforme lo apuntado resulta evidente que la parte recurrente se ha desentendido de cuestionar idóneamente los fundamentos centrales que sostienen el pronunciamiento, llevando sus protestas a un plano que no fue abordado por la sentencia en crisis, esto es, la causa de la obligación, lo que provoca la insuficiencia de la queja articulada (doctr. del art. 279, C.P.C.C.).

En efecto, el tribunal *a quo* valoró -por una parte- la forma extrínseca del título, al que le otorgó plena aptitud ejecutiva, y -por la otra- destacó que el valor de las cosas, en oportunidad de la emisión del pagaré, se convino en aquella moneda extranjera, sin que tales afirmaciones se cuestionasen –ahora- concretamente en esta instancia extraordinaria.

En estas condiciones, resulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que se desentiende de la estructura jurídica del fallo, apartándose de la idea rectora del mismo y de sus fundamentos esenciales, parcializando con ello su ataque, el que por ende resulta ineficaz a los fines de rever la suerte de lo decidido (doctr. art. 279, C.P.C.C.; conf. causas Ac. 90.575, sent. del 11-X-2006; C. 93.261, sent. del 13-VIII-2008; v. asimismo causas Ac. 93.390, sent. del 7-II-2007; C. 95.459, sent. del 13-VIII-2008; C. 99.127, sent. del 11-II-2009; entre otras).

En razón de ello, frente a la ausencia de una crítica concreta, directa y eficaz de la faz esencial del decisorio, el recurso debe ser desestimado (conf. C. 102.615, sent. del 11-II-2009).

6. El defecto señalado no queda superado con la mención de los arts. 168 y 171 de la Constitución provincial y 14, 17 y 18 de su par nacional.

En lo que concierne a los preceptos locales, su eventual infracción debe canalizarse a través del recurso extraordinario de nulidad, siendo extraña su alegación mediante la vía intentada (conf. 102.413, sent. del 29-IV-2009 y C. 100.565, sent. del 12-XII-2008).

En cuanto a la infracción de las normas constitucionales nacionales, se limitan a la mera denuncia sin demostrar de qué manera el pronunciamiento colisiona con las presuntas garantías conculcadas, tarea específica a cargo de los recurrentes que no puede ser suplida por la Corte (conf. Ac. 95.743, sent. del 13-XII-2006 y C. 90.377, sent. del 11-II-2009), lo que deriva en la deficiencia del planteo (conf. art. 279, C.P.C.C.).

POR ELLO, de conformidad con dictaminado por el señor Subprocurador General, atento a que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ha sido insuficientemente fundado, se lo rechaza (art. 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812), con costas (arts. 68 y 289, *in fine*, C.P.C.C.).

[...] Regístrese, notifíquese y devuélvase” (énfasis en el original, se omite la transcripción de fojas citadas en la resolución)¹¹¹².

Con variantes en cuanto a la precisión con la que se describen los antecedentes del asunto y a la explicación del modo en que se configura la causal de ‘certiorari’ aplicada en cada caso, tendencialmente la Corte bonaerense ha venido desplegando este tipo de argumentación al acudir al art. 31 bis de la ley 5827 para la desestimación de los recursos extraordinarios.

¹¹¹² SCBA, C. 96.061, “Cooperativa Defensa de Agricultores Limitada”, res. del 28-X-2009.

De todos modos, esta aparente “apertura” que ha venido nutriendo a estos primeros pasos del ‘certiorari’ bonaerense (que aún hoy se transitan), debe ser observada con alguna cautela, por dos razones fundamentales.

c) En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la SCBA todavía no ha utilizado sistemáticamente el estándar de “trascendencia”, contemplado en el art. 31 bis de la LOPJ. En efecto, como fuera explicado, el parámetro de marras recién inicia su recorrido, manteniéndose la utilización pretoriana del dispositivo principalmente como un resorte para agilizar la desestimación de recursos cuya suerte adversa puede estimarse liminarmente (vg., por fundamentación insuficiente, por haber sido el tema resuelto en casos análogos, etc.). En otras palabras, el precepto local todavía no ha desplegado con suficiente intensidad su capacidad como instrumento de selección *stricto sensu*, que permita a la Corte elegir qué casos decidir según criterios de relevancia cualitativa.

Interesa nuevamente destacar este dato, dado que, acudiendo a la experiencia comparada, es en este tipo de filtros (que permiten la selección de asuntos de acuerdo con su importancia pública general) en el que se reduce sustancialmente la carga de motivación de las decisiones respectivas. Así, por ejemplo, cuando la Corte Suprema de la Nación advierte que un recurso debe ser desestimado por insustancial o por no cumplir con requisitos esenciales, suele así aclararlo en la resolución respectiva, sin acudir al art. 280 del CPCN. Por lo que el recurrente sabe en tal caso que su embate fue desestimado en atención a la ausencia de una condición de admisibilidad (vg., la sentencia no es definitiva, no procede del superior tribunal de la causa, etc.), por carecer de fundamentación autónoma, por haber sido el tema resuelto en casos análogos, etc. Ahora bien, cuando el remedio federal es desestimado en atención a la intrascendencia de las cuestiones debatidas, la Corte nada dice en el decisorio respectivo, acudiendo a la escueta fórmula a la que oportunamente nos refiriéramos (“... Considerando: Que el recurso extraordinario es inadmisibile [art. 280 del CPCN]. Por ello, se lo desestima ...” –v. *supra*, par. IV. ap. 5]-). Por ello, ante la ausencia de parámetros regulados o consagrados expresamente en la jurisprudencia para medir la trascendencia de un asunto, la parte no sabe qué sería una cuestión trascendente, ni por qué las que ella propone no lo son.

Lo expuesto configura una primera razón para tomar con cautela la afirmación precedente, acerca de la tendencia que se advierte en la casación bonaerense de dotar de alguna mención adicional a la cita del art. 31 bis de la LOPJ. Quedará por ver si, cuando el máximo tribunal estadual comience a servirse asiduamente de dicho precepto como una herramienta de selección propiamente dicha (es decir, empiece a utilizar de modo sistemático el estándar de la trascendencia como tamiz de admisibilidad), se mantendrá la tónica dominante al día de la fecha.

Por ahora, la reciente experiencia inaugural plasmada en la citada causa “Barigozzi” permite advertir que la motivación que piensa aplicar la Corte bonaerense en este ámbito es sensiblemente mayor a la que exterioriza su par federal. En efecto, como fuera explicado (*supra*, introducción al ap. 4.7), en el fallo referido se enunciaron sintéticamente los antecedentes del caso y se identificaron elementos como: i) la causal del ‘certiorari’ aplicada en la especie (la “intrascendencia” de las cuestiones debatidas); y ii) el tipo de planteos considerados irrelevantes (el reexamen del nexo causal; la determinación de la cuantía de la indemnización por incapacidad física y daño moral; la pretensión de aplicar una tasa de interés distinta a la que la SCBA fijara como doctrina legal).

d) La segunda razón por la que hemos expresado nuestros reparos a la subsistencia en el tiempo de la referida orientación amplia en torno a la práctica de motivación de la SCBA, parte de consideraciones estrictamente normativas.

En tal sentido, es de recordar que –como fuera explicado al estudiar los antecedentes legislativos del instituto (v. *supra*, ap. 5)]- el texto original del art. 31 bis de la ley 5827 (conf. ley 12.961), incluía una referencia expresa a la necesidad de que la desestimación basada en dicho precepto sea “fundada”:

“Artículo 31 bis.- En cualquier estado de su tramitación, si la Suprema Corte de Justicia considerare que el recurso extraordinario no reúne los requisitos esenciales, o que ha sido insuficientemente fundado, o que ese mismo tribunal ha desestimado otros recursos sustancialmente análogos, podrá *fundadamente* rechazarlo con la sola invocación de cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas [...]” (resaltado propio).

Como lo explicáramos precedentemente (v. *supra, ibíd.*), la inclusión del adverbio destacado (“fundadamente”) no fue casual, dado que respondió a las críticas que suscitara el proyecto inicial de la Suprema Corte. Al carecer éste de mención alguna sobre el punto, se temía que el máximo tribunal local, al aplicar el nuevo instrumento, siguiera la mecánica de su par federal, tantas veces criticada.

De todos modos, la norma no dejaba en claro los alcances de la fundamentación exigida. En efecto, el texto anterior a la reforma de 2008 toleraba dos lecturas: i) una primera (más ajustada a los antecedentes parlamentarios de la ley 12.961), por la que se consideraba que el precepto imponía a la Corte una *argumentación que fuera más allá de la mera cita del art. 31 bis o de la sola mención de la causal de rechazo respectiva*; ii) una segunda, más rigurosa y limitativa de motivación exigible, que partía de una exégesis literal, entendiendo que el texto legal aludido *permitía tener por “fundada” la desestimación del recurso con la sola invocación del motivo que opera en la especie.*

Finalmente, con la sanción de la ley 13.812 [2008] el dilema fue remediado, al reformarse el texto del art. 31 bis de la LOPJ, adoptándose la segunda tesitura (es decir: la más restrictiva). Ello así, al disponer en su parte pertinente, que ante la presencia de alguno de los motivos allí previstos, la Corte podrá desestimar el recurso extraordinario examinado “... *con la sola invocación de la presente norma y la referencia a cualquiera de las circunstancias precedentemente expuestas*”:

Es por ello que no podemos afirmar a ciencia cierta si esa predisposición de la Corte a ir más allá de la mera cita del art. 31 bis y la indicación de la causal respectiva, se mantendrá en el tiempo. Dicha práctica de la SCBA bien puede en el futuro ceder terreno, frente al texto vigente de la norma, que –reiteramos– sólo impone hacer referencia expresa a la causal de desestimación, lo que permitiría suprimir todo agregado adicional. Es decir que, siguiendo la letra del precepto de marras, podría acotarse la motivación de la resolución a fórmulas del estilo:

“La Plata [...]. Habiendo sido resuelto el tema en casos análogos (v. SCBA causas [...]), se rechaza el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido (art. 31 bis, ley 5827)”.

O:

“La Plata [...]. Siendo insuficiente la fundamentación del recurso extraordinario por omitir la crítica de elementos esenciales del decisorio atacado [...] se lo desestima (art. 31 bis, ley 5827)”.

Como fuera anticipado, siguiendo la experiencia comparada, puede que esto suceda cuando la Corte comience a aplicar con mayor asiduidad el estándar de la trascendencia para escoger los casos a decidir. Ello sería paradójico, dada la especial necesidad que, precisamente en esta última hipótesis, se tendrá de conocer los estándares utilizados por el alto cuerpo para despegarse de temas irrelevantes. Frente a ese panorama, corresponderá atenuar el impacto de la reducción de la motivación, potenciando la transparencia en la utilización del instituto, según fuera explicado previamente (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 3]).

7) Certiorari “positivo”.

7.1) Introducción

Al analizar el régimen nacional (art. 280, CPCN), tuvimos oportunidad de detenernos en el llamado certiorari “positivo”, como una interesante y discutida variante de funcionamiento del poder de selección de asuntos en cabeza de la Corte Suprema de la Nación.

Se aclaró en dicha parcela de la investigación que, para una buena conceptualización del fenómeno, era prudente reservar esa terminología (“certiorari positivo”), para aludir a la potestad del alto cuerpo que le permite admitir –según su sana discreción- embates carentes de condiciones “regladas” de admisibilidad (vg., sentencia definitiva, fundamentación autónoma del recurso, superior tribunal de la causa, etc.), pero que portan tópicos relevantes a dirimir. Se descartó así la tesitura que define al instituto de marras simplemente como la “contracara” del ‘certiorari’ negativo o, en otras palabras, como la mera admisión de un embate por superar el valladar de la trascendencia (para evitar reiteraciones ociosas, remitimos a lo expresado *supra*, capítulo cuarto, parágrafo IV, ap. 6.1]).

En el ámbito federal, como vimos, el debate acerca de la vigencia de esta variante de selección “positiva”, se planteó desde la primera etapa de funcionamiento del art. 280 del CPCN, época en la que la Corte terminó adoptando por mayoría el criterio de asumir dicha atribución, considerándola reconocida implícitamente en el citado precepto, postura que no compartimos (v. *supra*, *ibíd.*). También se precisó en dicho lugar que, independientemente de la posición que se adopte en la materia, lo cierto es

que el máximo tribunal federal ha tradicionalmente ejercitado dicha potestad “discrecional” de admisión, a través de la doctrina de la “gravedad institucional”, que permite abrir las compuertas del recurso extraordinario federal, frente a tópicos que (al menos en teoría) deben cumplir con una condición más exigente que la mera trascendencia: la de “conmover a la comunidad entera en sus valores más sustanciales y profundos” (v. supra, *ibíd.*, esp. ap. 6.2)].

En la Provincia de Buenos Aires, el debate referido en el párrafo anterior, parece no tener cabida a partir de la reforma de la ley 13.812 (2008). En efecto, dicha norma incluyó expresamente en el art. 31 bis de la ley 5827, la posibilidad que la SCBA se aboque al tratamiento de recursos extraordinarios que, pese a no superar el recaudo de la *suma gravaminis*, presenten cuestiones de especial relevancia:

“Con carácter excepcional, la Suprema Corte de Justicia podrá dar trámite a los recursos de inaplicabilidad de ley que no superasen las limitaciones legales fijadas en razón del valor del litigio o la cuantía de la pena, si según su sana discreción mediare *gravedad institucional* o un *notorio interés público*, o bien si considerare indispensable *establecer doctrina legal*, siempre que se tratare de dirimir cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable y el recurrente hubiese formulado adecuado planteo en tal sentido” (art. 31 bis, último párrafo, ley 5827, texto conf. ley 13.812 [cursiva propia]).

7.2) Alcances del “certiorari positivo” en la Provincia de Buenos Aires.

La habilitación legislativa, de todos modos, no agota los interrogantes que cabe formular acerca del instituto. Algunas particularidades del régimen del “certiorari positivo” estadual merecen ser destacados.

a) Requisitos de admisibilidad afectados por el ‘certiorari’ positivo (Pcia. de Bs. As.)

En primer lugar, corresponde advertir que el art. 31 bis de la LOPJ *no permite hacer excepción a cualquier recaudo de admisibilidad*, como ocurre en la órbita nacional con la doctrina de la gravedad institucional o con la interpretación extensiva formulada respecto del art. 280 del CPCN. Como fuera anticipado, sea a través de la primera tesis jurisprudencial (gravedad institucional) o de la segunda hermenéutica (ampliatoria del citado precepto adjetivo federal para dar cabida al “certiorari positivo” en su seno), ha sido avalada la admisión de embates deducidos en casos de especial trascendencia, pese a la ausencia de cualquiera de los presupuestos formales del remedio

previsto en el art. 14 de la ley 48 (sentencia definitiva, fundamentación autónoma, superior tribunal de la causa, resolución contraria, etc.).

En el ámbito provincial, ese amplio elenco de recaudos de admisibilidad que pueden ser exceptuados por motivos de relevancia institucional parece reducirse a uno: la *suma gravaminis* (en sus dos variantes fundamentales: el valor del litigio [civil] o la cuantía de la condena [penal]). Es decir, que sólo el referido piso cuantitativo puede ser dejado de lado para atender embates que poseen cuestiones trascendentes, y no los restantes requisitos de admisión de los recursos extraordinarios locales (vg., legitimación, plazo, sentencia definitiva, depósito previo, fundamentación adecuada, etc.).

Esta tesitura surge de la letra expresa de la norma, que parece haber querido asegurarse que el ejercicio de los roles institucionales de la Suprema Corte bonaerense (vg., nomofilaxis, uniformación de la jurisprudencia, control constitucional, etc.) nunca quede cercenado por motivos patrimoniales (civil) o asociados únicamente con la gravedad de la sanción (penal).

De todos modos, la postura asumida por el alto cuerpo local, al receptar (con carácter previo a la reforma de la ley 13.812) la doctrina de la gravedad institucional, parece auspiciar un entendimiento extensivo por parte de dicho órgano, acerca de sus potestades de selección “positivas” (v. *infra*, ap. 7.3).

b) Causales del ‘certiorari’ positivo (Pcia. Bs. As.). Excepcionalidad. Jurisprudencia.

El segundo aspecto fundamental del instituto analizado, es el de las *causales* que habilitan el ejercicio de esta válvula de ingreso expresamente calificada como “discrecional”¹¹¹³.

¹¹¹³ El ‘certiorari’ positivo es la única variante de aplicación del art. 31 bis de la ley 5827 en el que la ley utiliza la expresión “sana discreción” para calificar la naturaleza de la atribución de selección conferida a la Corte. Ello distingue la fraseología aplicada en la Provincia de Buenos Aires y en la Nación (recuérdese que el art. 280 del CPCN se refiere genéricamente a la sana discreción en la totalidad de sus causales de aplicación). Sin perjuicio de ello, como vimos, la ausencia de dicha voz para el certiorari negativo provincial no modifica el modo en que el dispositivo funciona en esta jurisdicción, ya que la voz “podrá” aplicada a todas las hipótesis de utilización del art. 31 bis de la ley 5827, denota igualmente una atribución discrecional en cabeza del máximo tribunal para juzgar cuándo una cuestión “intrascendente” será desestimada o admitida para una resolución de mérito (v. *supra*, ap. 4.7.h).

Volviendo al carácter “discrecional” del certiorari positivo local, la SCBA en alguna oportunidad ha avanzado más allá, calificando a este resorte como “facultativo” (causa P. 110.707, “R., A. B.”, res. del 21-IX-2011), nota que no surge del texto de la norma. Sin perjuicio de ello, no parece surgir del precedente citado una deliberada intención de distinguir ambas categorías (“facultad” y “potestad discrecional”), como dotadas

El art. 31 bis de la ley 5827 se refiere a tres motivos por los cuales la Corte podría *excepcionalmente* pronunciarse sobre el mérito de un embate que no supere el valor del litigio: a) gravedad institucional; b) notorio interés público; c) necesidad de fijar doctrina legal de derecho sustancial.

El primer dato general a tener en cuenta es el rigor que debe exigirse para valorar la presencia de cualquiera de las causales aludidas. La norma, en efecto, califica expresamente de “excepcional” a la herramienta aludida, por lo que, siguiendo una regla hermenéutica tradicional acerca del uso de esta clase de calificativos por el legislador, debemos concluir que, ante la duda sobre la configuración de alguno de los supuestos exigidos para sortear la inadmisibilidad de un recurso, debe estarse por la desestimación del mismo (es decir, por la inaplicabilidad del ‘certiorari’ positivo)¹¹¹⁴.

Dicho esto, cabe indagar en los motivos que permiten la aplicación de esta parcela del art. 31 bis de la ley 5827.

El primer estándar disponible a tales efectos es la conocida (y siempre dificultosa) noción de la *gravedad institucional*. Se trata de una fórmula ya familiar en la órbita federal, originariamente acuñada –como es sabido– para hacer excepción a diversos recaudos de admisibilidad del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 en supuestos en los que el debate desborde el interés de las partes en conflicto, afectando a la comunidad en sus valores más básicos y profundos (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 6.2).

La doctrina aludida, como fuera igualmente anticipado y será precisado en el apartado siguiente (v. *infra*, ap. 6.2), ha tenido también recepción en la Provincia de Buenos Aires. La SCBA, en efecto, la había utilizado con anterioridad a la reforma de 2008, para atenuar algunos recaudos formales de los remedios extraordinarios,

de alcances diversos, por lo que –dejando a salvo la observación terminológica– no nos detendremos en la crítica de dicha expresión, sólo ocasionalmente utilizada.

¹¹¹⁴ En más de una oportunidad la SCBA ha considerado que como consecuencia directa del carácter excepcional de un instituto, su interpretación debe necesariamente ser restrictiva (SCBA, B. 57.327, sent. del 5-XII-2001). Así, por ejemplo, con las exenciones tributarias (I. 1.992, “Aguas Argentinas S.A.”, sent. del 7-III-2005), la caducidad de instancia (Ac. 37.829, sent. del 2-II-1988; L. 61.749, sent. del 14-IV-1998; L. 83.196, sent. del 13-II-2008), la utilización de la figura del gestor procesal –art. 48, CPC– (Ac. 45.607, sent. del 10-III-1992, “Clua”; Ac. 55.366, sent. del 20-V-1997, “Vila”; C. 102.784, sent. del 22-IX-2010; B. 63.711, res. del 23-XI-2011, entre otros), el cómputo de trabajos honorarios a los fines previsionales (B. 57.516, sent. del 24-VIII-1999). En el mismo sentido (asociación directa entre el carácter excepcional de un instituto y su hermenéutica restrictiva) se ha expedido la CSN (“Fallos” 329:299 [2006]; 330:2215 [2007]; etc.), aplicando dicho estándar de interpretación incluso para valorar la procedencia de excepciones al recaudo del valor del litigio previsto para su competencia apelada ordinaria, hipótesis análoga a la del ‘certiorari’ positivo local, que precisamente sirve a la misma finalidad (CSN, “Fallos” 322:337 [1999]).

facilitando así el ejercicio de sus más elevadas misiones, en asuntos de caracterizada importancia general.

El empleo de esta válvula de apertura, de todos modos, no ha sido tan fecundo en la Provincia como lo fue en la órbita federal, en la que –como vimos- resulta verdaderamente difícil aprehender sus confines, mostrándose en los hechos como una institución conceptualmente volátil e inasible. De todos modos, puede apreciarse que el núcleo fundamental de contenido de la noción aludida está dado por las hipótesis en las que la resolución de las cuestiones involucradas en la litis supere el interés de las partes e incida en la comunidad, afectando alguna de sus instituciones básicas o, en general, alterando el buen orden de las instituciones.

La Suprema Corte ha adoptado fundamentalmente la definición nacida de la jurisprudencia inveterada de su par federal, aunque ciñiendo sus alcances a aquellos supuestos en los que la calificada repercusión del debate se hace evidente. Así, en uno de los precedentes en los que el máximo tribunal bonaerense tuvo que analizar si estaban dadas las condiciones para aplicar esta llave excepcional de ingreso, el doctor RONCORONI tuvo oportunidad de señalar que: “de los diversos criterios y alcances con que la jurisprudencia de la Corte federal valorara la pauta de la gravedad institucional como medio para admitir el recurso extraordinario, es posible reconocer como principio rector, que se ha entendido aludir a aquellas situaciones que exceden el interés de las partes y atañen al de la comunidad, o cuando están en juego instituciones básicas de la Nación, o la buena marcha de las instituciones”¹¹¹⁵.

Si bien la indeterminación de la fórmula aludida sigue siendo su nota más característica, puede apreciarse de la línea de pensamiento aludida que la SCBA tiene vocación de utilizarla con mayor prudencia que la CSN. Así, mientras esta última parece muchas veces indentificar, en la práctica, a la gravedad institucional con la mera trascendencia (postura que hemos objetado previamente -v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 6.4-), la Corte local sugiere que sólo echará mano de la misma para escuchar asuntos que verdaderamente atañen a la comunidad en alguno de sus valores o instituciones fundamentales.

¹¹¹⁵ SCBA, P. 57.123, “G., A.”, sent. del 22-III-2006, voto del Dr. RONCORONI.

Entre los supuestos en los que se ha advertido un conflicto de ese tenor, puede recordarse la contaminación ambiental registrada en la conocida causa “Copetro”¹¹¹⁶, la posible liberación de condenados a reclusión perpetua, cuando esa medida pone en riesgo el valor de la seguridad común¹¹¹⁷ o las hipótesis en que lo resuelto afecte la adecuada percepción de la renta pública¹¹¹⁸. Dejaremos para más adelante, cuando analicemos los pocos precedentes que al día de la fecha existen sobre la materia, al supuesto de desconocimiento de la doctrina legal de la Corte, en el que ésta parece haber acudido a la fórmula de la “gravedad institucional” (incluso con cita del art. 31 bis *in fine* de la LOPJ). Por ahora, completaremos el elenco de motivos que permiten la aplicación del dispositivo de marras.

El segundo supuesto, de menor arraigo en la doctrina de los recursos extraordinarios, es el del “*notorio interés público*”. Es difícil encontrar el deslinde preciso entre esa causal y la analizada previamente (gravedad institucional). Parecería que en

¹¹¹⁶ V. SCBA, Rc. 98.377, “Sagarduy c/ Copetro S.A. s/ Daños y perjuicios”, res. del 3-VI-2009, en el que si bien la Corte bonaerense actuó como órgano concedente del recurso extraordinario federal, introdujo una definición concreta acerca de lo que puede entenderse como una hipótesis de gravedad institucional.

¹¹¹⁷ V. SCBA, Ac. 86.063, res. del 12-III-2003, causa en la que el alto cuero admitió excepcionalmente el recurso de inaplicabilidad de ley deducido frente a una decisión que –en sus efectos prácticos– importaba la liberación procesados condenados en las instancias de grado a reclusión perpetua por homicidio calificado, sentencia que –por regla– no cumple con el recaudo de definitividad propio de esta clase de embates. Para admitirlo, la SCBA afirmó que el asunto tenía “implicancias sociales e institucionales” y que excedía “el mero interés individual interesando a la sociedad en su conjunto”, por encontrarse en en juego “...la seguridad común -en tanto posibilitan la libertad de condenados a reclusión perpetua...”, configurándose una situación de “inocultable gravedad institucional ...”. En similar sentido, v. causas Ac. 85.717, “Castillo”, del 8-VII-2003; Ac. 85.757, “Leguizamón”, del 10-IX-2003; Ac. 85.821, “Gallegos”, del 29-X-2003; Ac. 88.352, “Vivas”, 23-XII-2003; Ac. 88.981, “Juárez”, res. del 29-IX-2004; Ac. 89.603, “Zabala”, del 13-X-2004).

¹¹¹⁸ V. SCBA, causas Ac. 90.299, “Fisco de la Provincia Bs. As. c/Cabanas, Raúl Alberto s/Apremio”, res. de 31-III-2004; C. 91.083, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Agro Avenida de Berardi y otro s/Apremio”, sent. del 13-VIII-2008. En dichos precedentes, la Suprema Corte hizo excepción al recaudo de la definitividad de la sentencia atacada (se trataba de decisiones adoptadas en procesos de ejecución que –por regla– no cumplen con dicha condición de admisibilidad), acudiendo al tradicional estándar, elaborado por la CSN, de que el criterio enjuiciado podía “perturbar la percepción de la renta pública”.

Si bien en fallos posteriores la Corte desestimó planteos de ese tipo (es decir, articulaciones tendientes a que se admitieran recursos extraordinarios en los que se argumentaba dicha alteración de las potestades recaudatorias del fisco), ello no importó modificación de la doctrina legal prealudida, dado que se trató de rechazos basados en la insuficiencia de la denuncia de gravedad institucional (v. SCBA, causas C. 91.494, sent. del 6-X-2010); o en la aclaración de que no todo rechazo de un apremio importa obstruir la percepción de la renta pública, “ya que una exégesis semejante importaría derogar el recaudo de la definitividad de los pronunciamientos recurribles ante esta sede (art. 278, C.P.C.C.) en el ámbito del apremio” (v. SCBA, C. 96.269, sent. del 28-X-2009; v. asimismo voto del Dr. HITTERS en la causa C. 91.083, sent. del 13-VIII-2008 y voto del Dr. SORIA en la causa C. 93.321, sent. del 28-IV-2010).

Al traspolar la doctrina de la gravedad institucional, reiteradamente utilizada por la CSN para hacer excepción al recaudo de la definitividad de las sentencias atacadas, no debe olvidarse que, en la Provincia de Buenos Aires, a diferencia de lo que sucede en la órbita federal (art. 117, Const. Nac.), dicho requisito de admisibilidad tiene raigambre constitucional, al menos para los recursos de nulidad y de inaplicabilidad de ley (art. 161, inc. 3, ap. a) y b), Const. Pcial.).

este caso, el análisis se concentra más en la naturaleza (indisponible) de los derechos en juego, que en la extensión directa o indirecta que el caso tendrá sobre los integrantes de la comunidad. De todos modos, es casi banal aclarar que cuando en una contienda está notoriamente involucrado un “notorio” interés público (por ejemplo, si se discute un tema que puede incidir en la titularidad o afectación de un servicio esencial, de un recurso estratégico para el Estado o de un bien del que pueden valerse futuras generaciones), será difícil que no se verifique en paralelo un caso de trascendencia institucional.

De todos modos, la fórmula utilizada por el legislador sirve para incluir dentro de las posibilidades de acción del resorte examinado, a todas aquellas variantes en las que la defensa de derechos indisponibles (de orden público o de interés general), puedan no quedar comprendidas en una definición estricta del concepto de gravedad institucional. Es decir, que la norma pudo anticiparse a una posible lectura restringida de esta última categoría y ampliar la discreción de la SCBA para permitirle que se pronuncie en asuntos que involucren derechos de interés público (vg., juicios de insania, nulidad matrimonial, anulación de actos jurídicos contrarios al art. 953 del Código Civil, controversias sobre el dominio público del Estado, etc.¹¹¹⁹) pero que no necesariamente pongan en juego la buena marcha de las instituciones.

Cabe señalar que la cláusula ha querido ser utilizada en alguna oportunidad por los recurrentes en materia penal, para sortear el incumplimiento de las condiciones de

¹¹¹⁹ Diversos institutos jurídicos han sido calificados por la Corte como de “interés público”, aunque dicha calificación no ha sido utilizada todavía como argumento para aplicar el ‘certiorari’ positivo. De todos modos, siguiendo el criterio sostenido en el texto (identificación de temas de interés público que no necesariamente posean gravedad institucional), puede ser útil hacer un breve repaso de algunas de dichas instituciones, para elucubrar posibles campos de acción de la norma analizada. Así, se ha calificado, en general, de “interés público”: la preservación de las condiciones de idoneidad para ser escribano (SCBA, causa Ac. 38.455, “Registro de contratos públicos”, sent. del 6-IX-1988), la *ratio* de la privación del dominio privado en los casos de expropiación (Ac. 42.322, sent. del 29-XII-1989) o de la afectación inmediata a servidumbre administrativa en beneficio del Estado (Ac. 40.805, sent. del 17-IV-1990); la protección de la vivienda construida con préstamos del Banco Hipotecario contra embargos y ejecuciones forzadas (Ac. 87.131, sent. del 27-X-2004, “Banco de Galicia”; C. 88.169, sent. del 31-X-2007, “Erbes”, entre otros); la invalidez de cláusulas como la de exención absoluta de responsabilidad civil por culpa (Ac. 48.693, sent. del 19-X-1993, “Díaz”; Ac. 67.631, sent. del 15-XII-1999); el respeto de las competencias de los órganos de la administración, que no están diseñadas en beneficio de la repartición respectiva, sino del interés público (B. 54.118, res. del 11-II-1992, “Lanfranconi”); la exigibilidad de controles (vg., bromatológicos) para preservar la salubridad pública (I. 1.323, sent. del 4-IV-1995, “González”); el respeto de las reglas constitucionales de incompatibilidad de los empleados públicos (B. 57.189, sent. del 5-VII-2000, “Massimino”); la actividad médico asistencial de la obra social del Estado provincial (B. 56.704, “Agremiación Médica Platense”, sent. del 11-IV-2012), la tutela “promiscua” de los menores a través contemplada en el art. 59 del Código Civil (L. 83.196, sent. del 13-II-2008), etc.

admisibilidad de los recursos extraordinarios, en materias como la interpretación de los alcances del instituto de la suspensión del juicio a prueba¹¹²⁰ o el cómputo de la prescripción de la acción punitiva¹¹²¹, aunque sin éxito para los postulantes.

La tercera y última hipótesis aludida en el texto es la que se refiere a la *necesidad de establecer doctrina legal sobre cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable*. Se trata de un corolario natural (a nuestro juicio: el más relevante) de la clásica función uniformadora de los tribunales superiores.

Como lo veremos con más detenimiento (v. *infra*, par. V, ap. 3.2.d), existen dos variantes fundamentales de ejercicio de dicho rol casacional, una orientada a la producción de precedentes relevantes para la resolución de casos análogos (actuales o futuros) y otra afincada en el respeto de la jurisprudencia ya sentada.

En el primer caso, la Corte mira predominantemente “al futuro”, dado que busca elaborar criterios de interpretación útiles para guiar la conducta ciudadana y prevenir inconsistencias en los tribunales inferiores. En el segundo, la tarea de uniformación se centra en el *ius litigatoris*, ya que lo que se procura es salvaguardar la legítima expectativa de la parte afectada por la decisión, de obtener la misma solución que se brindara a quien transitó oportunamente por casación, logrando el precedente que se cita como vulnerado. Es por ello que, como veremos (*supra ibíd.*), en la primera hipótesis el ejercicio de la función uniformadora cuenta con mayor repercusión general que la segunda.

¹¹²⁰ V. SCBA, causa P. 112.173, “Gómez”, res. del 14-VII-2010, en la que un Fiscal General Departamental buscaba revisar la interpretación amplia por la que se había habilitado en el caso a acudir al instituto de la suspensión de juicio a prueba. Entendía el representante del Minsiterio Público que de ese modo quedaba cancelada la posibilidad de proseguir el enjuiciamiento contra el imputado. Al sostener la presencia de una hipótesis de “notorio interés público” que –en los términos del art. 31 bis de la LOPJ- le permitiría obviar la inadmisibilidad del embate deducido, el funcionario pareció afincarse en la necesidad de perseguir a quienes incumplen deberes de funcionario público: “[es] necesario que los juicios seguidos por la comisión presunta de ilícitos que aparejan *impericia o inobservancia de deberes o reglamentos a cargo del agente*, alcancen su culminación con la sentencia definitiva para proveer a la corrección de la conducta que al Estado le interesa, y es que sería poco menos que negativamente paradigmático que quien ha demostrado *‘prima facie’* impericia, negligencia o inobservancia reglamentaria, obtenga de la ley tuteladora de la coexistencia y el orden público un ‘bill’ de indemnidad con miras a continuar usufructuando una licencia o habilitación estatal” (transcripción contenida en la resolución citada). En igual sentido: v. SCBA P. 111.938, “Rava”, del 14-VII-2010; P. 114.539, “G., M. D.”, res. del 15-VI-2011. En todos los casos, la Corte desestimó el planteo considerando que la argumentación no mostraba con la seriedad necesaria una hipótesis de excepción que permitiera sortear los valladares de admisibilidad que obstaculizan el paso ante sus estrados de este tipo de causas.

¹¹²¹ P. 112.051, “R., J. E.”, res. del 29-VI-2011, en el que se pretendió utilizar el argumento del “notorio interés público” para que se admita excepcionalmente el recurso deducido por el querellante contra la sentencia que había absuelto a los acusados del delito de injurias, cuya pena no supera los diez años exigidos como *suma gravaminis* en sede penal. El planteo tampoco tuvo recepción por la SCBA.

El legislador ha apoyado una y otra manifestación de este papel institucional de la Corte. En algunos casos ha privilegiado el acceso a la Corte de asuntos en los que, pese a no verificarse alguna condición de admisibilidad del recurso extraordinario (como la *suma gravaminis*), se demostrara que el tribunal *a quo* ha infringido la doctrina legal del alto cuerpo (vg., art. 55 de la ley 11.653 de procedimiento laboral). Y en otros, como ocurre con la parte final del art. 31 bis de la ley 5827, predomina la corriente opuesta, es decir, la que fortalece el rol uniformador de la Corte enfocado a la producción de nuevos precedentes que guíen a la comunidad o pongan un *quietus* a conflictos jurisprudenciales actuales o potenciales.

Los escasos precedentes que al día de hoy existen sobre la aplicación del ‘certiorari’ positivo, no dejan en claro cuál de dichas tendencias se han adoptado. Así, en dos causas en las que se denunciara el apartamiento, por parte de los tribunales de grado, de la doctrina legal de la Corte en torno a la tasa de interés aplicable como resarcimiento por el incumplimiento de obligaciones dinerarias, la Corte admitió los recursos deducidos, invocando el resorte excepcional analizado:

“[E]n el caso ... se cuestiona la aplicación de los intereses a la tasa activa prevista en el art. 54 inc. b del dec. ley 8904, denunciando el Fisco provincial el apartamiento y violación del art. 10 de la ley 23.928 y 4 de la ley 25.561, alegando la derogación por estas normas nacionales de la disposición prevista en la ley arancelaria local, así como la existencia de *gravedad institucional y la violación de la doctrina legal en la materia* [...] [E]n cuanto al *valor del litigio* -representado para el impugnante por la diferencia existente entre el monto de la liquidación que surge de aplicar el criterio del fallo confirmatorio impugnado y el que el recurrente estima debiera establecerse conforme la normativa que considera aplicable-, *no obstante no alcanzar el monto mínimo establecido en el art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial, en atención a la facultad prevista en el art. 31 bis último párrafo de la ley 5.827 -texto según ley 13.812- y en consideración al planteo traído*, se declara admisible el recurso extraordinario articulado” (el resaltado es propio)¹¹²².

De una primera lectura de los citados precedentes, parecería que la Corte se ha inclinado en ellos hacia la utilización del ‘certiorari’ positivo para custodiar la doctrina legal ya sentada, más para producir nueva jurisprudencia sobre temas dudosos de derecho. Si se acude a la argumentación transcripta, parecería que dichos precedentes versaban exclusivamente con el apartamiento de posición adoptada por la Corte en una

¹¹²² SCBA, C. 107.702, “Arriaga”, res. del 6-VI-2011. En el mismo sentido: v. SCBA causa Q.71.170, “Isla”, res. del 7-IX-2011.

discusión poco novedosa como la de relacionada con la vigencia de la tasa de interés legal prevista en la ley de honorarios profesionales (art. 54 inc. b)], Dec.-Ley 8904).

Sin embargo, un análisis más profundo del debate que se hallaba en juego en dichos precedentes, parecería indicar que no se trataba allí meramente de verificar una hipótesis de violación de una doctrina legal consolidada, sino quizás de dejar aclarada la posición actual de la Corte sobre la vigencia del art. 54 inc. b) del dec. ley 8904, previsión que alguna vez la Corte había considerado implícitamente derogada por la ley 23.928. Nos explicamos brevemente para que se entienda lo afirmado.

Años atrás, la SCBA había considerado que la tasa activa contemplada en el art. 54 inc. b) del dec. ley 8904, contenía elementos indexatorios y que, por ende, debía considerársela tácitamente derogada por la ley 23.928 (que –como es sabido– prohíbe desde 1991 toda forma de indexación o repotenciación de deudas)¹¹²³. Más adelante, dicha postura comenzó a mutar. En el caso “Banco Comercial Finanzas”, por ajustada mayoría (Dres. RONCORONI, DE LÁZZARI, KOGAN y DOMÍNGUEZ, este último actuando como conjuer del tribunal), se revisó la aludida definición sostenida en el caso “Yabra”, entendiéndose que la tasa activa de la ley de honorarios profesionales no había sido en realidad derogada por la ley 23.928, ya que la determinación legal de una tasa distinta a la pasiva no importa de por sí consagrar un mecanismo indexatorio¹¹²⁴. Se consagraba así una nueva doctrina legal, aunque algo endeble a consecuencia de la conformación de la posición mayoritaria con un juez que no formaba parte de la integración permanente de la Corte. Con posterioridad, otro de los jueces que suscribieran la primera posición de la SCBA en la causa “Yabra”, dejó sin efecto su posición en un *obiter dicta*, pasando así a participar de la corriente mayoritaria sostenida en “Banco de Finanzas”¹¹²⁵. Para ese momento, sin embargo, el doctor RONCORONI, quien participara originariamente de esa postura, ya no formaba parte de la Corte. Por

¹¹²³ Sostuvo la Corte en tal sentido que el art. 54 inc. b) de la ley 8904 consagra una forma de repotenciación de deudas y, como tal, debía reputarse derogada por el art. 10 de la ley 23.928 (mantenida por el art. 4 de la ley 25.561), aplicándose consecuentemente la tasa pasiva frente a la demora en el pago de los honorarios regulados en juicio (SCBA, causa B. 47.871 bis, “Yabra”, res. del 27-XI-1996; Ac. 54.968, “Alberto V. Governatori y Cía. Transp. Austral S.A.”, sent. del 12-V-1998; B. 57.146, “La Proveedora Industrial S.A.”, res. del 7-IX-2005).

¹¹²⁴ SCBA Ac. 77.434, “Banco Comercial Finanzas S.A. en liquidación B.C.R.A. Quiebra”, sent. del 19-IV-2006.

¹¹²⁵ V. voto del Dr. HITTERS en las causas C. 101.774, “Ponce” y L. 94.446, “Ginossi” (ambas sentencias del 21-X-2009).

lo que –en síntesis- parece difícil encontrar un precedente actualizado que sirva como parámetro de referencia en la materia.

Retomando entonces el argumento inicial, podemos entonces concluir que el uso del ‘certiorari’ positivo en los casos “Arriaga” e “Isla” estuvo enfocado hacia la consagración de un criterio jurisprudencial útil para la resolución de casos análogos sobre un punto que bien puede suscitar divergencias en los tribunales inferiores, por la ausencia de un precedente actualizado acerca del problema aludido. Si bien el punto no luce evidente en los resolutorios transcriptos, al indagar en los antecedentes del tema fonal debatido, puede apreciarse que la Corte no aprovechó esa oportunidad simplemente para verificar el apartamiento de su jurisprudencia, sino para dejar despejado el panorama hacia el futuro. Se aplica así correctamente el último de los estándares analizados del art. 31 bis *in fine*, de la ley 5827: la necesidad de establecer doctrina legal sobre cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable.

Un último supuesto en el que la Corte ha utilizado la versión positiva del ‘certiorari’ para hacer excepción al recaudo del valor del litigio, no condice en puridad con ninguna de las dos tendencias explicadas previamente acerca de su función uniformadora. Así, en el caso “Lezana”¹¹²⁶, la Corte acudió al resorte aludido para penetrar excepcionalmente en un asunto en el que el tribunal *a quo* había desconocido los alcances de la sentencia dictada por aquélla *en el mismo expediente*. Se trata, naturalmente, de una hipótesis diversa a las que venimos analizando, ya que no se vislumbra allí un caso de infracción a la doctrina legal del alto cuerpo (que le hubiera permitido acudir a la causal de “resolución en casos análogos”, aunque no sortear la inadmisibilidad del recurso), ni de la necesidad de sentar jurisprudencia sobre cuestiones conflictivas o novedosas de derecho (que –como vimos- hubiera avalado el uso del ‘certiorari’ positivo). Lo que la SCBA enfrentó allí es una rebelión más directa contra su autoridad, no contemplada específicamente en el art. 31 bis de la ley 5827: el desconocimiento de su propio fallo, en la misma causa en la que fue dictado.

En el texto del fallo “Lezana”, no queda claro cuál de los motivos previstos en el art. 31 bis de la ley 5827 fue utilizado por la Corte para admitir excepcionalmente el recurso allí deducido, que no cumplía con el recaudo de la *suma gravaminis*. El alto

¹¹²⁶ SCBA, L. 116.421, “Lezana”, res. del 30-V-2012.

cuerpo se limitó en tal sentido a expresar que “hallándose en tela de juicio la interpretación del fallo de esta Suprema Corte dictado en autos, cuyo apartamiento denuncia el recurrente y que -como se señalará más adelante- resulta ostensible, manifiesto e inaceptable, corresponde disponer la apertura de esta instancia extraordinaria (art. 31 bis, ley 5827 y modif.)”.

De las características del caso referido, debemos concluir (por defecto) que la causal de ‘certiorari’ positivo aplicada en el mismo resulta ser la “gravedad institucional” que implica el palmario desconocimiento de lo resuelto en el caso por la Corte. En efecto, de las constancias extraídas de la sentencia, parece evidente que el máximo tribunal decidió allí penetrar en la causa por considerar “inaceptable” esa palmaria rebelión contra su autoridad. El *a quo*, al pronunciarse luego de la sentencia inicial de la SCBA (que había reenviado al inferior para resolver el fondo del asunto), terminó “arribando a una conclusión contrapuesta” a la fijada en el fallo del alto cuerpo. Ello – señaló la Corte- configuraba una “desinterpretación y manifiesto desapego respecto de los términos y alcances de la decisión de este Superior Tribunal”, lo que –sumado a otros serios defectos formales en la integración del órgano jurisdiccional inferior- justificó la anulación oficiosa del fallo atacado.

En tales términos, no se advierte que el certiorari ‘positivo’ haya sido utilizado en el caso para resolver un tema necesitado de fijar doctrina legal sobre temas de derecho sustancial, sino más bien para remediar una situación que la Corte entendió como institucionalmente grave. El tercer precedente aludido parece, entonces, quedar encuadrado en la hipótesis de “gravedad institucional” contemplada –como vimos- como primera causal del resorte examinado.

7.3) *Certiorari positivo y gravedad institucional en la Provincia de Buenos Aires.*

En los apartados anteriores fue anticipado que, de acuerdo con el modo en que el legislador diseñó la potestad de selección “positiva” de casos trascendentes en la Provincia de Buenos Aires (art. 31 bis, último párrafo, ley 5827), el único recaudo de admisibilidad que el máximo tribunal podría exceptuar por razones de impacto institucional sería el de la *suma gravaminis*.

Por lo que, en síntesis, el marco de acción del “certiorari positivo” local quedaría sustancialmente reducido, al no poder sortearse por este medio otros defectos

recursivos como –por ejemplo- la fundamentación insuficiente o la ausencia de definitividad de la sentencia atacada. A consecuencia de ello, los temas que cuenten con dicha repercusión general pero que hubieran sido articulados en impugnaciones privadas de esta última serie de recaudos, quedarían irremediadamente fuera de los estrados de la Suprema Corte. La gravedad institucional terminaría así teniendo alcances notablemente más restringidos que en la órbita federal.

Ahora bien, al pronunciarnos de ese modo, añadimos que la tendencia jurisprudencial del alto cuerpo provincial parecía apartarse de dicho entendimiento literal, avanzando hacia la asunción de potestades de selección positivas, por fuera de las reconocidas en el art. 31 bis de la ley 5827.

Es así que, a través de una utilización amplia de la doctrina de la gravedad institucional, que ya había sido receptada en la Provincia de Buenos Aires antes de la reforma de la ley 13.812, la Corte parece transitar un camino similar al recorrido desde hace décadas por su homóloga nacional, arrogándose el poder de entender en impugnaciones que, por ejemplo, resultarían inadmisibles por no estar dirigidas contra sentencias definitivas.

En otras palabras, antes de que el ordenamiento positivo reconociera a la Corte provincial la atribución de admitir recursos carentes de alguna condición de admisibilidad, dicho cuerpo ya se había arrogado dicha potestad, a través de la recepción en sus estrados de la doctrina de la gravedad institucional. Con posterioridad –como hemos visto-, la ley habilitó expresamente dicha facultad en cabeza del citado órgano jurisdiccional, aunque limitando los recaudos de admisibilidad respecto de los cuales podía hacer excepción aplicando el instituto (sólo el valor del litigio puede ser obviado según la letra de la norma).

Frente a dicho cuadro, dos alternativas son posibles respecto del futuro de la doctrina de la gravedad institucional en la casación bonaerense.

Por un lado, la Corte puede mantener dicha válvula de apertura como un instituto “preexistente” y más amplio que el ‘certiorari positivo’, criterio que, de receptarse, importaría en los hechos que, ante cuestiones que conmuevan los pilares de la comunidad, cualquier recaudo de admisibilidad (y no sólo la *suma gravaminis*) podría ser sorteado.

Un segundo entendimiento, por el contrario, partiría de considerar que, a partir de la reforma de la ley 13.812 (2008), la doctrina de la gravedad institucional ha quedado consagrada expresamente y, por ello, su funcionamiento se encuentra confinado a las previsiones del art. 31 bis, *in fine*, ley 5827, por lo que sus alcances no pueden ser interpretados extensivamente, para conferir a la Corte más poderes que los pergeñados por el legislador.

La resistencia e inasibilidad que ha demostrado la doctrina de la gravedad institucional (especialmente en el ámbito federal, que la vio nacer en nuestro país), así como la ausencia de un pronunciamiento expreso a favor de la segunda de las tesis aludidas (restrictiva)¹¹²⁷, permiten augurar que el primer criterio será el que prevalezca a futuro en la instancia extraordinaria local. De triunfar esta posición, en la práctica, la Corte mantendrá la posibilidad de introducirse en el análisis de asuntos privados de condiciones de admisibilidad diversas al valor del litigio o cuantía de la condena, sin

¹¹²⁷ La transcripción *in extenso* de la argumentación utilizada por la Corte para desestimar la invocación de gravedad institucional con posterioridad a la vigencia de la reforma de la ley 13.812, permite verificar el aserto contenido en el texto y adelantado en la nota al pie anterior: el máximo tribunal mantiene una línea de interpretación amplia, por la que cualquier presupuesto de admisión puede ser enervado frente a la existencia de un caso de semejante repercusión. Ello así, dado que ante la pretensión del quejoso de acudir a dicha teoría para obviar un recaudo diverso al valor del litigio, el máximo tribunal no desestima lisa y llanamente el planteo considerando que el art. 31 bis no permite hacer *esa* excepción, sino que parece dispuesta a analizar caso por caso si la gravedad institucional denunciada tiene asidero. Véase por ejemplo el voto del doctor DE LÁZZARI (seguido por sus colegas), en la causa C. 96.269, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ José Mostramauro e Hijos S.A. s/ Apremio”, sent. del 28-X-2009:

“No advierto en el caso la existencia de la alegada gravedad institucional ni de circunstancias que ameriten el tratamiento especial que se propone para el ingreso de la causa a esta sede.

Liminarmente, cabe señalar que la cuantía afectada (esto es, el porcentaje correspondiente a los índices de liquidación que fueron rechazados por la alzada [...]) no se muestra de por sí como un monto del que dependa la eficacia de la gestión estatal. No es dable entender que siempre que un apremio sea desestimado o no prospere en su totalidad, se presente un supuesto de obstrucción a la percepción de la renta pública, ya que una exégesis semejante importaría derogar el recaudo de la definitividad de los pronunciamientos recurribles ante esta sede (art. 278, C.P.C.C.) en el ámbito del apremio, criterio hermenéutico que no puede ser seguido [...].

En esta línea de pensamiento, no debe olvidarse que el máximo Tribunal federal, en cuyo ámbito se acuñara pretorianamente desde hace muchos años la doctrina de la gravedad institucional para hipótesis como la de marras (v. Fallos 210:396; 240:86; 259:413; 264:202, entre muchos otros), ha requerido que quien invoca dicha circunstancia extraordinaria alegue oportunamente y pruebe (Fallos 306:2060; 308:1230; 316:766) de modo indubitable (Fallos 31:317) cómo se perfecciona en la especie; carga que también corresponde exigir en esta instancia y que a todas luces la recurrente no ha cumplido.

De la simple lectura de la pieza recursiva se observa que la actora se limita a reseñar fallos relativos a la definitividad de la sentencia y a efectuar meros argumentos genéricos, sin correlacionarlos al caso concreto [...].

Tiene dicho esta Corte que no cabe admitir la existencia de gravedad institucional, si el planteo no es objeto de un serio y concreto razonamiento que demuestre de modo indudable la concurrencia de aquella circunstancia (conf. doct. Ac. 88.681, res. del 24-V-2006; Ac. 99.973, res. del 12-IX-2007; Ac. 99.627, res. del 31-X-2007; Ac. 99.008, res. del 6-II-2008; P. 57.123, sent. del 22-III-2006; conf. C.S.J.N., Fallos 303:221)”.

atarse –por consiguiente- a los límites del citado art. 31 bis respecto de la teoría de la gravedad institucional.

7.4) *Técnica recursiva. Remisión.*

Analizaremos en más adelante (v. *infra*, par. 9) la problemática general de la carga de demostrar la trascendencia del recurso extraordinario para justificar su admisión. Se verá allí que la variante “positiva” del fenómeno analizado cuenta con una previsión expresa en este punto, al imponer al quejoso la necesidad de acreditar la presencia de alguna de las causales que lo habilitan.

Se trata, vale señalarlo, de una de las particularidades que distinguen al certiorari “negativo” del certiorari “positivo” en la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, para no incurrir en reiteraciones ociosas, remitimos al desarrollo subsiguiente.

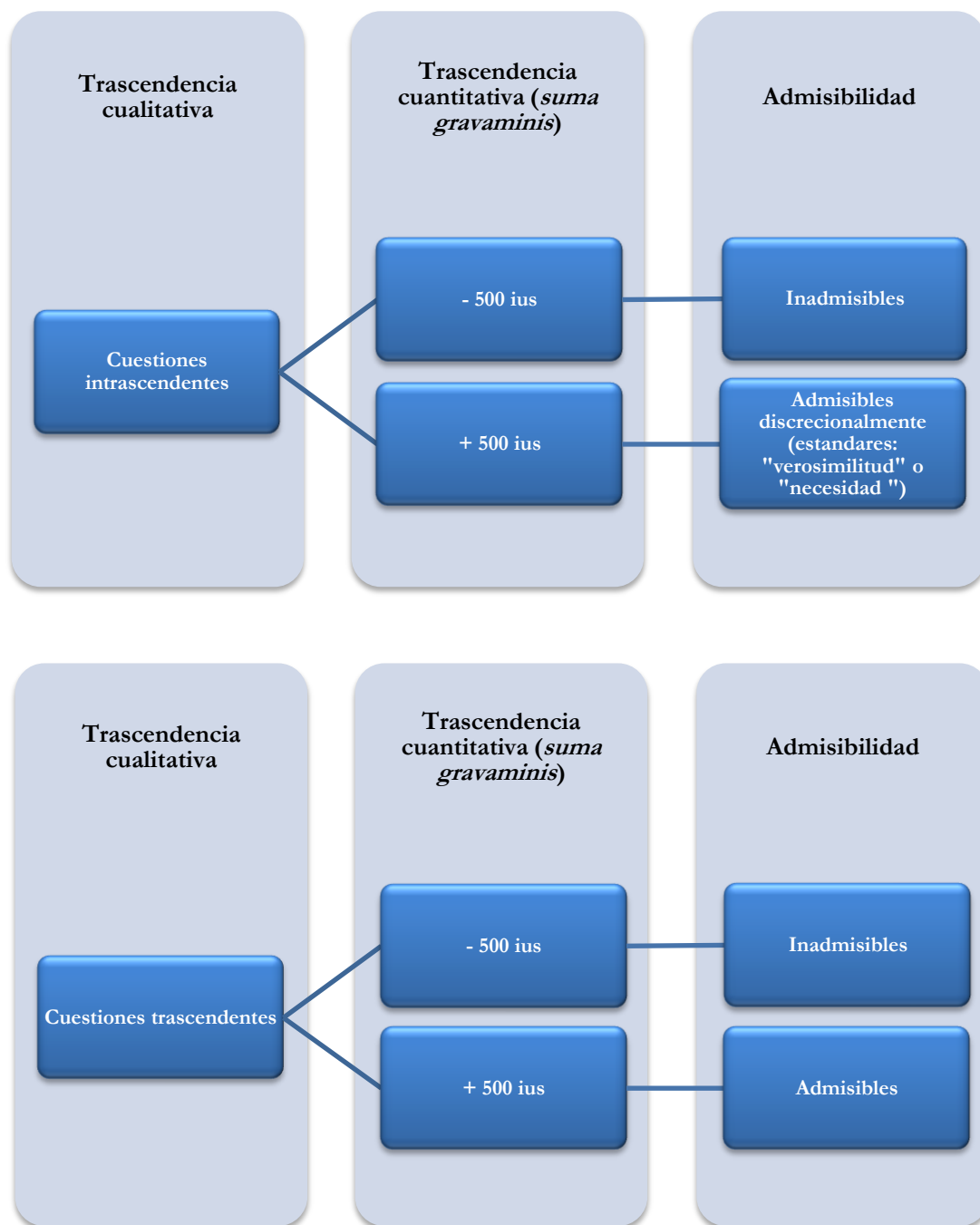
8) Esquema general: la admisibilidad de los recursos extraordinarios, según su trascendencia “cualitativa” y “cuantitativa”.

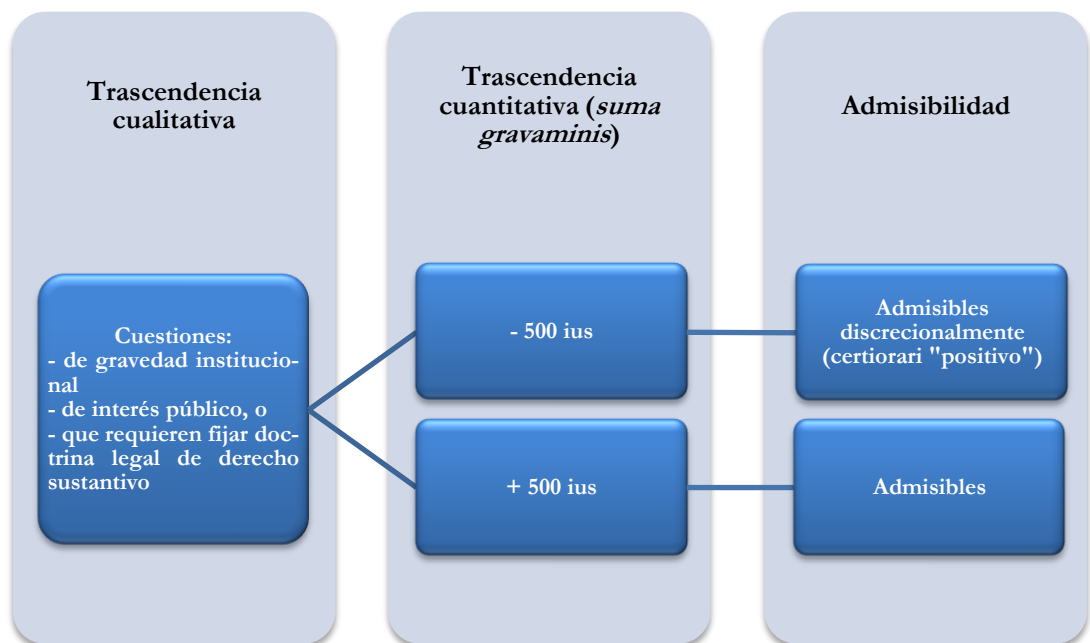
Habiendo definido, por un lado, aquello que corresponde considerar como cuestión “trascendente” en el ámbito de la casación local (v. *supra*, par. 4.7); y, por el otro, los motivos que habilitan la utilización del ‘certiorari’ positivo (gravedad institucional, notorio interés público y necesidad de sentar doctrina legal sobre temas de derecho de fondo) [v. *supra*, par. 7], estamos en condiciones de sintetizar el esquema de admisibilidad de los recursos extraordinarios locales, según su relevancia cuantitativa (*suma gravaminis*, art. 278, CPCC) y cualitativa (art. 31 bis, ley 5827).

En tal sentido, puede advertirse que en términos *cualitativos*, la *gradación de la relevancia de las cuestiones* llevadas a los estrados de la Corte parte de un piso constituido por los *tópicos “intrascendentes”* (sólo susceptibles de ser admitidos “discrecionalmente” por el máximo tribunal, según los estándares estudiados en el ap. 4.7.h). El *segundo nivel* en esta jerarquía está integrado por las *cuestiones “trascendentes”* (que cumplen los parámetros de la pertinencia institucional y de la repercusión general, debiendo la Corte abrir su competencia para tratarlas). En ambos casos, la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley (discrecional, para el supuesto de cuestiones intrascendentes; necesaria para los embates que porten materias trascendentes) estará condicionada al cumplimiento del recaudo de la *suma gravaminis* (civil) o monto de la pena (penal).

Y, finalmente, el *máximo grado de relevancia cualitativa* de los temas que buscan abrirse camino en casación, conformado por las hipótesis de *gravedad institucional, notorio interés público y necesidad de sentar doctrina legal sustantiva* (que además de superar el valladar de la trascendencia cualitativa, permiten obviar el incumplimiento de los recaudos relativos a su significancia cuantitativa –valor del litigio, cuantía de la pena-).

Lo expuesto puede ser graficado del siguiente modo:





9) Técnica recursiva. Carga de demostración de la trascendencia.

9.1) Generalidades: ¿Es necesario alegar y demostrar la trascendencia de las cuestiones articuladas en el recurso?

En el ámbito del recurso extraordinario local, al igual que lo que sucede en la órbita federal, el art. 31 bis de la ley 5827 no prevé carga alguna en cabeza del recurrente de demostrar que las cuestiones que se ventilan en el caso tienen trascendencia suficiente como para evitar su desestimación liminar.

En ausencia de una imposición específica y teniendo presente la naturaleza del recaudo examinado (al que hemos considerado una causal de admisibilidad del recurso extraordinario), podría sostenerse que no corresponde sancionar con la inadmisibilidad del embate a la parte que omite destacar los motivos por los que entiende que las cuestiones articuladas resultan “trascendentes”.

Sin embargo, en la jurisprudencia actual de la SCBA comienza a notarse una tesitura diversa respecto de las cargas del recurrente vinculadas con las condiciones de admisibilidad de la impugnación. Veamos brevemente esta evolución.

Tradicionalmente, la Corte siguió (por lo general, de modo implícito) el criterio de considerar que los recaudos de admisibilidad no necesitan estar eficazmente

identificados y demostrados en la pieza impugnativa, salvo que se haya decidido la inadmisibilidad del recurso por el inferior y la parte agraviada acuda en queja¹¹²⁸. Siguiendo esa tónica, al examinar dicho cuerpo el cumplimiento de los recaudos formales de impugnación admitida por el *a quo* y remitida a sus estrados, la SCBA siempre actuó de oficio, sin acudir necesariamente a lo manifestado por las partes. De tal modo, en caso de no advertir la presencia de alguno de ellos, los recursos resultan directamente desestimados. Y si, por el contrario (en lo que aquí interesa), verificaba que los requisitos de marras estuvieran cumplidos, los embates respectivos terminaban siendo admitidos implícitamente mediante el dictado de la providencia de autos (art. 283, CPCC), *por más que el interesado no hubiera desarrollado adecuadamente las razones por las que tales condiciones estarían satisfechas en el caso* (por ejemplo, hubiera omitido expedirse acerca de la definitividad de la decisión, la cuantía del litigio, etc.). Dicha tesitura, en resumidas cuentas, terminaba concentrando las delicadas cargas técnicas del recurso extraordinario en la fase de *procedencia* del embate (demostración del error del fallo en crisis), sin hacer lo propio en lo relativo a la *admisibilidad*, aspecto en el que la parte no necesitaba acreditar con idéntica precisión y solvencia la presencia de la totalidad de los recaudos formales que provocan la apertura de la competencia del superior.

Como fuera anticipado, esta diferencia entre las cargas técnicas exigidas al recurrente respecto de las condiciones de admisibilidad y de procedencia de los recursos extraordinarios locales, no fue habitualmente explicitada en la jurisprudencia de la jurisprudencia de la Suprema Corte. En alguna oportunidad el máximo tribunal pareció aludir expresamente a las razones de dicha práctica, al considerar que los recaudos de admisibilidad provienen de la ley, mientras que “la procedencia, en cambio, depende de la demostración por parte del recurrente –carga específica- de que la sentencia haya

¹¹²⁸ Como fuera anticipado, cuando el tribunal inferior desestima el recurso extraordinario por considerarlo inadmisibile, el recurso directo o de queja (art. 292 CPCBA) constituye la vía para revisar el presunto error cometido en dicho análisis formal. En cuanto a sus recaudos técnicos, la Corte ha reiteradamente señalado que la pieza por la que se interpone o funda la queja debe cuestionar adecuadamente el yerro del *a quo* para ser admisible: “El recurso previsto por el art. 292 del Código Procesal Civil y Comercial debe atacar los fundamentos que diera el tribunal *a quo* al desestimar el recurso extraordinario interpuesto, a fin de que el mismo tenga la suficiencia necesaria para ser considerado por la Suprema Corte” (art. 2 inc. c] del Acuerdo 1790; doct. causas Ac. 51.242, res. del 14-VII-1992; Ac. 89.663, res. del 29-X-2003; Ac. 94.790, res. del 9-VIII-2006; Ac. 97.676, res. del 10-VI-2009; Rc. 112.937, res. del 26-X-2010; Rc. 109.390 res. del 7-III-2012, entre muchas otras).

violado o aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal”¹¹²⁹. Pero en general – repetimos- el criterio se seguía implícitamente de la praxis de la casación civil local.

Una excepción a la regla aludida comenzó a vislumbrarse en ciertas ocasiones en que, de las constancias de la litis, no era posible verificar a cabalidad la presencia de algún recaudo formal del remedio intentado (típicamente: el valor del litigio). En tales circunstancias, la Corte apoyó en más de una oportunidad su decisión desestimatoria, haciendo pesar en el recurrente las consecuencias de la ausencia de dicha información¹¹³⁰.

Ahora bien, recientemente, con carácter más general, la Corte ha dado un paso más intenso, que puede importar una modificación radical de criterio. En tal sentido, es de recordar que, respecto del valor del litigio, el máximo tribunal había señalado varios años atrás que incumbía al recurrente la carga de demostrar que el monto litigioso superaba el mínimo establecido por el art. 278 del C.P.C., criterio a partir del cual se consideraba inadmisibles el recurso de inaplicabilidad de ley que no cumplía con dicha exigencia¹¹³¹. La postura ha sido recientemente reeditada¹¹³², lo que podría generar una revisión general en la materia, al exigírsele al interesado (no ya en el ámbito del recurso directo o de queja, sino al interponer el remedio casatorio), la carga de acreditar este tipo de extremos. Si bien la doctrina aludida se refiere exclusivamente al requisito de la

¹¹²⁹ V., en tal sentido, SCBA causa Ac. 56.457, “Río Paraná Cía. Financiera”, sent. del 20-II-1996.

¹¹³⁰ En tal sentido, pueden recordarse los casos de impugnación de las decisiones en materia de costas todavía no determinadas u honorarios aún no regulados, situación en la que no es posible determinar con exactitud el valor del gravamen. En tales hipótesis, la Corte señaló reiteradamente que si bien el monto del pleito puede aparecer *prima facie* como indeterminado, lo cierto es que la estimación puede ser llevada a cabo de acuerdo al monto del principal, por lo que *si el recurrente no realiza esta estimación* y las sumas que integran la condena de fondo no permiten tener la certeza de que las costas o, en su caso, los honorarios lleguen a superar la suma prevista en el art. 278 de CPCC, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley resultará inadmisibles (v. causas Ac. 85.172, “Compañía Financiera Argentina”, res. del 5-IV-2006; Ac. 98.170, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 18-VII-2007; L. 87.793, “Hernández”, sent. del 11-III-2009). V. asimismo el criterio sentado expresamente en la causa Ac. 92.277, “Castelli”, sent. del 5-VII-2006, cuyos fundamentos transcribimos para que se advierta el modo en que queda introducida presencia de una carga en el recurrente en estos casos: “... ‘respecto del recurso de inaplicabilidad de ley, si bien existe cierto grado de indeterminación, de acuerdo con la escala prevista en los arts. 21 y 47 del dec. ley 8904, el valor del agravio, representado en el caso por el monto de las costas impuestas al recurrente, no podrá superar el monto mínimo establecido por el art. 278 del Código Procesal Civil y Comercial’ [...]. Cabe además destacar que la recurrente no ha hecho esfuerzo alguno para despejar esta indeterminación [...], conforme puede apreciarse de la pieza de interposición del sendero impugnativo [...], en la que pese a analizar los restantes recaudos de admisibilidad, nada se dice respecto del previsto en el art. 278, 1º parte, *in fine* de la ley adjetiva” (en sentido análogo, v. SCBA, causa Ac. 88.071, “Iribarne”, sent. del 30-III-2005).

¹¹³¹ V. SCBA, Ac. 33.533 y Ac. 33.534, “Fani y Vivarelli S.C.C.”, ambas sent. del 10-IX-1985.

¹¹³² V. SCBA, L. 96.737, “Coccioli”, sent. del 1-X-2008; L. 100.898, sent. del 3-III-2010; ; L. 114.386, “Van Oosterom”, res. del 26-X-2011; L. 98.699, “Juárez”, res. del 21-XII-2011.

suma gravaminis, no se advierten demasiadas razones para distinguir las diversas condiciones de admisibilidad, imponiendo al quejoso sólo la carga de acreditación de algunas de ellas, sin hacer lo propio con las restantes.

De lo explicado previamente es posible extraer una conclusión relevante para el interrogante examinado en este párrafo. *De propagarse el último criterio jurisprudencial* a la totalidad de los recaudos de admisión, cabría concluir que, para superar la barrera del art. 31 bis de la ley 5827, *el quejoso tendrá la carga de justificar adecuadamente la trascendencia del caso*. Ello, claro está, sin perjuicio de que la Corte pueda obviar el incumplimiento de dicha exigencia, del mismo modo en que se le permite sortear el recaudo mismo de la trascendencia, es decir: en ejercicio de la potestad discrecional de admisión que le acuerda el sistema.

Como reflexión final, debe enfatizarse que lo expresado previamente se refiere naturalmente a la discusión planteada en el encabezado, es decir, a la controversia sobre la existencia o no de un verdadero imperativo jurídico de fundar adecuadamente la relevancia de un asunto, a efectos de quebrar la barrera de la admisión. Ello no es óbice para señalar que, luego de la reforma de la ley 13.812 al art. 31 bis de la LOPJ, y con independencia del rumbo que vaya a adoptar la Corte en la materia, al interponer los recursos extraordinarios locales resulta *conveniente* explicitar las razones por las que se considera que las cuestiones debatidas en el caso son trascendentes. Es decir, que aún cuando el máximo tribunal se aparte del criterio de exigir dicha justificación como una carga *stricto sensu*, no es ocioso colaborar en la ilustración del alto cuerpo, especialmente *en ciertas hipótesis* en las que *la importancia de la intervención de la casación no surge de las constancias de la causa* (vg., frente a conflictos jurisprudenciales de las cámaras de apelación del interior sobre el punto de derecho debatido, que la Corte quizás no tenga presentes).

9.2) Particularidad del ‘certiorari’ positivo.

A diferencia de lo que sucede con la modalidad “negativa” de ‘certiorari’, su variante “positiva” (a la que hemos hecho referencia *supra*, ap. 7]) cuenta con una previsión específica que pone a cargo de quien alega una de las hipótesis allí analizadas (gravedad institucional, notorio interés público, necesidad de sentar doctrina sobre el punto), la necesidad de demostrar dicho aserto:

“Con carácter excepcional, la Suprema Corte de Justicia podrá dar trámite a los recursos de inaplicabilidad de ley que no superasen las limitaciones legales fijadas en razón del valor del litigio o la cuantía de la pena, si según su sana discreción mediare gravedad institucional o un notorio interés público, o bien si considerare indispensable establecer doctrina legal, siempre que se tratase de dirimir cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable *y el recurrente hubiese formulado adecuado planteo en tal sentido*” (art. 31 bis, último párrafo, ley 5827, texto conf. ley 13.812 [cursiva propia]).

De tal modo, la discusión precedente en torno a la necesidad de justificar la trascendencia de un asunto, encuentra respuesta expresa en la ley, para los casos en los que el quejoso busque, a través del art. 31 bis de la LOPJ, sortear la inadmisibilidad del embate.

Un supuesto constante de aplicación de esta exigencia puede encontrarse en la tradicional jurisprudencia relacionada con la necesidad de que, quien denuncie la presencia de una hipótesis de “gravedad institucional” (una de las causales del ‘certiorari’ positivo en la Provincia) deba demostrar seriamente las razones que justifican la aplicabilidad de dicha doctrina excepcional al caso¹¹³³.

10) Forma y recurribilidad de la sentencia que aplica el ‘certiorari’. Quid de la forma de acuerdo y voto individual. Recursos de aclaratoria, revocatoria y recurso extraordinario federal.

Analizaremos en este párrafo la forma y el régimen impugnativo aplicable para cuestionar la decisión que, en la órbita provincial, aplica el art. 31 bis, sea para desestimar un recurso (‘certiorari’ negativo), sea para admitirlo excepcionalmente (‘certiorari’ positivo *stricto sensu*) o, finalmente, para acogerlo en el mérito (hipótesis que, como vimos, sólo tiene lugar en los casos procedencia del embate por haber sido resuelto el tema en casos análogos).

¹¹³³ Siguiendo la jurisprudencia inveterada de la CSN, la SCBA ha sostenido también en su ámbito de actuación recursiva que: “La alegación de gravedad institucional se encuentra íntimamente relacionada -en grado de dependencia- a la ‘verdadera’ existencia de una situación aprehensiva de interés institucional. En esta línea de pensamiento *no cabe hacer lugar a la invocada existencia de gravedad institucional, si tal planteo no es objeto de un serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable la concurrencia de aquella circunstancia*” (SCBA, Ac. 100.018, del 7-III-2007, “Giraldo”; Q. 70.439, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 23-XII-2009; C. 90.995, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, sent. del 11-IV-2012; A. 71.337, “Balcedo”, res. del 7-III-2012, etc.).

Tres medios de embate corresponde analizar en la materia: la aclaratoria, la revocatoria y el recurso extraordinario federal. Al momento de penetrar en las condiciones de viabilidad del segundo, se hará patente la problemática de la formalidad con que debe ser dictado el decisorio pertinente, por lo que en el apartado 9.2) se profundizará en la temática de la necesidad de acuerdo y voto individual para el dictado de la resolución respectiva.

10.1) *Aclaratoria.*

El primero de los remedios aludidos no genera más inconvenientes que los que suscita en su ámbito de funcionamiento normal ante los superiores tribunales, especialmente lo vinculado con el tradicional límite de revisión que lo caracteriza, por el que sólo se permite a través del mismo aclarar un concepto oscuro, corregir un error material o subsanar una omisión, *sin alterar lo sustancial de la decisión* (art. 166, inc. 2, CPCC)¹¹³⁴. Por fuera de dicha delicada cuestión, es claro que las diversas hipótesis en las que se utiliza el art. 31 bis de la LOPJ son pasibles de este remedio, ya que el mismo procede contra todo tipo de decisiones (providencias simples, interlocutorias o sentencias definitivas).

Por medio de ese recurso¹¹³⁵, las partes pueden requerir la revisión de los llamados “vicios de expresión”, categoría que –a nuestro juicio- está directamente asociada a la

¹¹³⁴ Hemos tratado con más detenimiento esta problemática en GIANNINI, Leandro, “Los límites de la aclaratoria en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación”, en LL 2004-E-82, lugar al que remitimos, por desbordar las finalidades de esta investigación. En general, sobre los límites de la aclaratoria y la imposibilidad de alterar con ella lo “sustancial” de la decisión, HITTERS, *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, ob. cit., 2º ed., pp. 171-217; IBÁÑEZ FRÓCHAM, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, ob. cit., pp. 123-129; SENTÍS MELENDO, S., “Aclaratoria de la sentencia”, Rev. de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1946-II, pp. 1-47; OTEIZA, E., “El pedido de aclaratoria”, en GOZAÍNI, O. (coord.), *Recursos Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 59; *id.*, “El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios”, en LL 1992-A-705; MORELLO A.- SOSA, G.- BERIZONCE, R., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, anotados y comentados*, Platense, § 349; PALACIO, L. E., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2º ed., 2001, t. V, p. 59-70.

¹¹³⁵ Acerca de la naturaleza y la terminología apropiada para denominar esta vía, conocidas son las líneas que la identifican con los recursos y las que le niegan tal carácter, terminantemente o adoptando posiciones eclécticas. Para esta discusión, que obviamente desborda el objeto del presente, remitimos por todas a las obras de HITTERS, J.C., *Técnica de los recursos ordinarios*, La Plata, Ed. Platense, 1985 (2º reimpr., 2000) p. 175-179; SENTÍS MELENDO, S., Sentís Melendo, S., “Aclaratoria de la sentencia”, Rev. de Derecho Procesal, Bs. As., 1946-II, pp. 1-47, esp. pp. 1-10; IBÁÑEZ FRÓCHAM, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Bs. As., 1957, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 124.

En esta tradicional discusión (que mayoritariamente se ciñe a un debate terminológico, dado que se origina en una diversa definición autoral de aquello que cabe denominar como “recurso”), compartimos la opinión de quienes creen que la aclaratoria tiene naturaleza recursiva. Si se entiende que este concepto incluye a la totalidad de los actos procesales por los que, quien se considera agraviado por una decisión judicial pide, en el

aludida exigencia que impide obtener, por esta vía, una modificación sustancial de lo decidido. En otra oportunidad nos inclinamos por sostener la postura que, para definir los confines de la aclaratoria, se basa en la *naturaleza* de la modificación y no ya en el “grado” de la misma con relación al “resultado” del decisorio¹¹³⁶. Dado que la senda en estudio tiene por objeto la corrección de las deficiencias de expresión, siempre que la aclaración no importe variar el contenido de la resolución como “acto volitivo”¹¹³⁷, sino meramente la manera en que tal acto fue exteriorizado, nos encontraremos dentro de los confines autorizados. Como claramente lo expresa SENTÍS MELENDO “la aclaratoria [agregamos: utilizada dentro de sus límites] no determina una modificación de la sentencia, puesto que la volición que la constituye sigue siendo la misma, limitándose a enmendar la expresión de dicha volición”¹¹³⁸.

Pese a que la indagación de la real voluntad del magistrado puede en ocasiones presentar complejidades, este criterio se muestra más seguro y adecuado a la función de la aclaratoria, confiriéndole -por otra parte- un rostro propio, que la diferencia de los restantes mecanismos impugnativos y de gravamen.

No se nos escapa, de todos modos, la existencia de precedentes de diversas instancias que confieren un rol más amplio al remedio analizado, incluso en el ámbito de la Corte Suprema de la Nación, llegando a corregir por este medio aspectos valorativos del juicio, cuando se hubiera incurrido en graves yerros insusceptibles de ser enmendados por otro medio¹¹³⁹.

Con el alcance propuesto, queda claro que cualquiera de las variantes de aplicación del ‘certiorari’ local es pasible de ser impugnada a través del recurso de aclaratoria, a través del cual la parte interesada sólo podrá requerir:

mismo proceso, la reforma, modificación o anulación de aquélla (v. en tal sentido la definición que adopta PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, Abeledo Perrot, 2º ed., 2001, t. V. p. 28), pocas dudas presenta el encuadre de la aclaratoria como un verdadero recurso, ya que pierde interés, a este respecto: i) que el planteo sea resuelto por el mismo órgano que dictó la resolución o por un tribunal superior; y ii) que la modificación reclamada importe la revisión de aspectos sustanciales del juicio en sí mismo o simplemente la transformación del modo en que aquél fue exteriorizado en la sentencia (sin alterar la sustancia de lo decidido, como ocurre en la aclaratoria).

¹¹³⁶ GIANNINI, Leandro, “Los límites de la aclaratoria ...”, cit., esp. cap. II, ap. 2.b].

¹¹³⁷ Respecto del “error de expresión” como vicio conceptualmente independiente y atacable por vía distinta al “error de volición”, ver CLAMANDREI, P., *La Casación Civil*, Uthea, t. II, p. 619 (orig.: *La Cassazione civile*, Torino, 1920, t. II).

¹¹³⁸ SENTÍS MELENDO, S., *Aclaratoria de sentencia*, cit., p. 5.

¹¹³⁹ Remitimos nuevamente sobre el punto al trabajo de nuestra autoría citado en notas precedentes (“Los Límites de la aclaratoria...”, esp. cap. III. V. asimismo: BERTOLINO, Pedro J. “El Rol de la aclaratoria en la elaboración justa de la sentencia civil”, *ED* 113-181.

a) la *corrección de errores materiales*. Se daría esta variante, por ejemplo, si, al acoger o rechazar un recurso extraordinario por considerar que el tema ha sido resuelto en casos análogos, la Corte incurre en un yerro en la cita de los fallos pertinentes;

b) la *rectificación de omisiones*. Hipótesis que tendría lugar, vg., cuando en la resolución respectiva, luego de expresar las razones de la aplicación del ‘certiorari’ para dos embates, la parte dispositiva sólo se pronuncie desestimando uno de ellos. O también, de acuerdo con la jurisprudencia vigente de la SCBA¹¹⁴⁰, cuando luego de aplicar el ‘certiorari’ dicho cuerpo no se pronuncia sobre las costas del recurso (o sobre los gastos causídicos de las restantes instancias, en caso de revocación del decisorio de grado).

c) la *aclaración de algún concepto oscuro*. Se da esta variante no ya cuando el quejoso advierte que hay una diferencia entre lo que se quiso decir y lo que se dijo (por ejemplo, como vimos, se omitió pronunciamiento sobre algún aspecto que fue tratado en los considerandos de la resolución), sino cuando directamente no se llega a comprender lo que se dijo o se quiso decir. Así, por ejemplo, si no queda claro del decisorio a cuáles de los recursos interpuestos se decidió aplicar el art. 31 bis de la ley 5827.

10.2) Revocatoria.

A diferencia de lo que ocurre en términos generales con el recurso de reposición o revocatoria, que sólo procede para dejar sin efecto por contrario imperio providencias *simples* (es decir, aquellas que tienen sin sustanciación al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución, conf. arts. 160 y 238, CPCC), las reglas especiales vigentes en el ámbito de los recursos extraordinarios locales (art. 290, ord. cit.), prevén la posibilidad de interponer revocatoria no sólo contra las “providencias de trámite”, sino también contra las “sentencias interlocutorias dictadas por la Corte durante su sustanciación”.

Siendo que la SCBA ha adoptado el criterio de resolver en materia de ‘certiorari’ mediante resoluciones adoptadas con la misma forma que la utilizada para las interlocutorias (es decir, eximiéndose de la modalidad de decisión mediante acuerdo y

¹¹⁴⁰ La Suprema Corte bonaerense entiende que la omisión del sentenciante de expedirse en materia de costas, puede ser corregida por aclaratoria deducida ante el mismo tribunal que dicta sentencia, sin que ello importe apartamiento alguno del límite previsto en el art. 166 inc. 2 del CPCC (C. 99.281, “Organización Coordinara Argentina”, sent. del 28-V-2010), lo que no sucede cuando la sentencia prístina ha determinado la responsabilidad por dichos gastos causídicos y el recurrente pretende revisar la valoración efectuada por el órgano decisor (Rc. 94.390, “Tesei”, res. del 10-XI-2010).

voto individual que el art. 168 de la Constitución Provincial impone a todos los tribunales de la provincia cuando resuelven cuestiones esenciales¹¹⁴¹), cabe que nos preguntemos si tales pronunciamientos toleran revisión por medio del recurso previsto en el art. 290 del CPCC.

El interrogante depende fundamentalmente de esclarecer a qué tipo de resoluciones se refiere el precepto recién citado cuando alude a las interlocutorias “dictadas durante la sustanciación de los recursos extraordinarios”.

Si se entendiera, por un lado, que la “sustanciación” de dicha instancia incluye cualquier etapa del trámite ante la Corte y, por el otro, que el carácter de la resolución como “interlocutoria” quedaría definida exclusivamente a partir de la forma utilizada para su dictado (es decir, la ausencia de voto individual), parecería que el tipo de pronunciamientos que venimos analizando (es decir, aquéllos en los que se aplica el art. 31 bis de la LOPJ) toleraría esta vía.

Sin embargo, razones de peso nos llevan a descartar el acierto de esta postura, de ser sostenida con carácter general.

Los tipos de resolución judicial que puede adoptar la SCBA en ejercicio de su función casatoria replican el elenco establecido en los arts. 160 a 163 del CPCC. Es decir, que la Corte puede dictar:

i) providencias simples o de mero trámite, dictadas por su Presidente (vg., la providencia de autos –art. 283, CPCC-);

ii) resoluciones interlocutorias, es decir que resuelven cuestiones que requieren sustanciación durante el proceso (vg., un incidente de nulidad articulado por ausencia de notificación adecuada de la providencia de autos, vicio que impidiera a la parte presentar su memoria, conf. art. 283, ord. cit.);

iii) sentencias definitivas, es decir, la que ponen fin a la pretensión impugnativa deducida, acogiéndola o denegándola. Siendo la Corte un órgano colegiado, esta última categoría de pronunciamientos puede ser dictada: con forma de acuerdo y voto individual (cuando se expide sobre “cuestiones esenciales” *stricto sensu*¹¹⁴²) o mediante voto conjunto.

¹¹⁴¹ Ver lo que diremos a continuación sobre esta cuestión.

¹¹⁴² La SCBA ha destacado en reiteradas oportunidades, interpretando los alcances de la exigencia prevista en el art. 168 de la Constitución local, que “no existe una necesaria correspondencia entre sentencia definitiva en sentido estricto (arts.163 y 164, C.P.C.) y la exigencia del voto individual de los jueces. Porque la

Este último formato, en los hechos, se asimila mucho externamente a las resoluciones interlocutorias y, por ello, suele suscitar la errónea creencia de que se trata de una de ellas. La misma confusión es la que ha dado lugar a la interposición de recursos de revocatoria contra decisiones por las que la SCBA aplica el art. 31 bis (especialmente en sus diversas hipótesis “negativas” aplicadas con más frecuencia en la actualidad, esto es, las de rechazo del recurso extraordinario por insuficiencia o por haber sido resuelto el tema en casos sustancialmente análogos).

Detengámonos en este último aspecto, para dar mejor respuesta al interrogante planteado inicialmente.

Los decisorios de la SCBA por los que se hace aplicación del ‘certiorari’ no siempre tienen el mismo contenido ni se expiden sobre tópicos de idéntica naturaleza.

En algunos casos, la resolución respectiva pone fin al pleito expidiéndose sobre el mérito de la pretensión impugnativa articulada (vg., cuando resuelve desestimar un recurso o acogerlo revocando la sentencia y recomponiendo positivamente la litis, por haber sido resuelto el tema en casos análogos). La circunstancia de que la motivación se reduzca en estos casos por autorización legal basada en los ya explicados motivos funcionales, no altera la naturaleza del decisorio, que –lejos de resolver una cuestión incidental- se pronuncia finalmente sobre la suerte de la litis en esta sede. En tal sentido, la decisión es definitiva en el sentido más estricto de la expresión, ya que pone fin a la instancia recursiva local, expidiéndose, además, sobre las cuestiones esenciales

Constitución exige tal formalidad cuando se resuelven cuestiones esenciales y éstas no necesariamente se agotan con el dictado de la sentencia que culmina el proceso. La decisión de tales cuestiones esenciales puede ser necesaria antes o después de la sentencia definitiva ‘stricto sensu’ (SCBA, Ac. 41.011, “Gadi”, sent. del 22-V-1990; Ac. 43.669, “Pellegrini”, sent. del 8-IX-1992; Ac. 48.539, “La Inversora Bahiense”, sent. del 14-XII-1993), agregando que “aunque no se trate de la sentencia definitiva en sentido estricto (arts.163 y 164, C.P.C.) corresponde anular el fallo que resuelve una cuestión esencial sin observar la formalidad del acuerdo y del voto individual de los jueces” (*id.*, Ac. 41.011, cit.; Ac. 42.982, “Leone”, sent. del 22-V-1990; Rc. 102.790, “Banco Francés S.A.”, res. del 26-X-2010). Aunque recientemente se aclarara –por mayoría- que dicha anulación no debería ser decretada de oficio –como tradicionalmente procedía la Corte frente a dicho déficit formal de la sentencia- sino sólo a pedido de parte (*id.*, L. 100.677, “Romero”, sent. del 9-XII-2010).

La definición de “cuestión esencial” (noción dirimente para determinar la forma que debe adoptar una decisión emanada de órganos colegiados en la Provincia de Buenos Aires) engloba en la jurisprudencia de la Corte una serie de hipótesis, a veces difíciles de armonizar entre sí (v. lo sostenido al respecto en GIANNINI, Leandro J., “El recurso extraordinario de nulidad...”, cit., esp. 307-317 y doct. allí citada) . Sintéticamente podría apelarse a una de las formulaciones más utilizadas por la Corte en esta materia: son aquellas “cuestiones que según la modalidad del caso resultan necesarias para la correcta solución de la controversia, las que están constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión dependa directamente el sentido y alcance del pronunciamiento, las que en definitiva estructuran la traba de la litis y conforman el esquema jurídico que la sentencia deberá atender para la solución del diferendo” (conf. SCBA, Ac. 64.422, sent. del 28-IX-1999; Ac. 92.162, “M., R.”, sent. del 2-V-2007; C. 96.921, “Aristi”, sent. del 6-V-2009, etc).

deducidas. Es por ello que, a nuestro juicio, siguiendo la jurisprudencia tradicional de la Corte bonaerense (v. nota al pie anterior), la forma con la que esta clase de decisiones debería ser adoptada, es la prevista en los arts. 168 de la Const. Pcial. y 287 del CPCBA: el tratamiento de la causa en acuerdo y la votación uninominal de los jueces.

Ahora bien, en lo concerniente a la recurribilidad del decisorio, cabe advertir que, con independencia de la forma que la Corte finalmente utilice para resolver los casos de ‘certiorari’ (esto es, aplicando la técnica resolutive del voto conjunto —como lo hace con más frecuencia en la actualidad—, o acudiendo a la forma de acuerdo y voto individual), lo cierto es que ello, como ensaguada veremos, no incide en la calidad de la resolución de marras, que, por su contenido, no tolera ser impugnada por la vía prevista en el art. 290 del CPCBA.

En otros supuestos, la decisión sobre ‘certiorari’ cierra igualmente la instancia casatoria local, sin expedirse sobre el acierto fondal de la pretensión impugnativa. Así ocurre, por ejemplo, cuando se desestima un recurso por carecer de requisitos de admisibilidad (o “recaudos esenciales”, en los términos del art. 31 bis de la ley 5827), por estar insuficientemente fundado o por ser intrascendentes las cuestiones en él deducidas. En estas hipótesis, la decisión pone fin al pleito en esta sede aunque, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional de la SCBA a la que ya hemos hecho referencia, al no expedirse sobre “cuestiones esenciales” *stricto sensu*, podría ser dictada mediante el voto conjunto. Vale para este supuesto lo señalado en el párrafo anterior. La única diferencia visible entre ambas hipótesis (insustancial en lo relativo a la procedencia del recurso de revocatoria), es que aquí el voto conjunto es correctamente utilizado (ya que, reiteramos, no hay pronunciamiento sobre cuestiones esenciales), mientras que en las señaladas precedentemente debería acudirse a la formalidad del acuerdo y voto individual (porque se decide aquel tipo de planteos). Pero en ambos casos, la decisión pone fin a la instancia y, por ello, no tolera para la Corte ser cuestionada por la vía de impugnación horizontal establecida en el art. 290 del ordenamiento adjetivo¹¹⁴³.

¹¹⁴³ La SCBA receptó inicialmente este criterio, aunque en una causa en la que el ‘certiorari’ había sido aplicado con forma de sentencia definitiva (es decir, mediando acuerdo y voto individual), afirmando a tales efectos que: “el recurso de revocatoria contemplado en el art. 290 del Código Procesal Civil y Comercial sólo procede contra providencias de trámite y sentencias interlocutorias, calidad que no reviste la sentencia definitiva dictada en la causa (arts. 160, 161, 163, cód. cit.)” (SCBA, C. 99.378, “Pietrafesa”, sent. del 11-IV-

De lo expuesto puede concluirse que, de acuerdo con la jurisprudencia imperante, la decisión que aplica el ‘certiorari’ negativo no susceptible de revocatoria.

La SCBA receptó inicialmente este criterio, en una causa en la que el art. 31 bis de la ley 5827 había sido aplicado con forma de sentencia definitiva (es decir, mediando acuerdo y voto individual). Afirmó en tal caso que: “el recurso de revocatoria contemplado en el art. 290 del Código Procesal Civil y Comercial sólo procede contra providencias de trámite y sentencias interlocutorias, calidad que no reviste la sentencia definitiva dictada en la causa (arts. 160, 161, 163, cód. cit.)”¹¹⁴⁴. Con posterioridad, el criterio fue mantenido al pretenderse la revisión de ese tipo de decisiones, que, esta vez, habían sido adoptadas con forma de “resolución” (es decir, por voto concurrente). Sin embargo, en tales precedentes, *se dejó abierta la posibilidad de que la regla ceda frente a hipótesis excepcionales*: “La resolución [que] decide la causa con carácter final en los términos que autoriza el art. 31 bis de la ley 5827, no es *-como regla-* susceptible de la reposición articulada [...], *sin que se adviertan en el caso motivos para hacer excepción a la misma*” (énfasis agregado)¹¹⁴⁵. Si bien la Corte no aclara cuáles serían dichos supuestos especiales, no resulta arriesgado suponer que los mismos se asocien con posibles errores manifiestos en la valoración de los presupuestos de aplicación del ‘certiorari’ negativo local, siguiendo la tendencia que la CSJN ha seguido en casos extremos para hacer lugar a pedidos atípicos de “aclaratoria” (v. *supra*, ap. 10.1).

Queda por analizar una variante final, más dudosa en cuanto a su naturaleza, como es la decisión que aplica el llamado certiorari ‘positivo’, sorteando la ausencia de recaudos de admisibilidad y dando trámite al recurso, en atención a la trascendencia institucional de la cuestión debatida (v. *supra*, ap. 7). En este caso, la decisión no es definitiva, ya que no pone fin a la instancia casatoria, sino que –por el contrario– le da

2007 [rechazando el recurso extraordinario de nulidad con base en el art. 31 bis de la ley 5827] y res. del 9-V-2007 [desestimando la revocatoria dirigida contra el pronunciamiento anterior].

¹¹⁴⁴ SCBA, causa C. 99.378, “Pietrafesa”, sent. del 11-IV-2007 (rechazando el recurso extraordinario de nulidad con base en el art. 31 bis de la ley 5827) y res. del 9-V-2007 (desestimando la revocatoria dirigida contra el pronunciamiento anterior).

¹¹⁴⁵ SCBA, causa C. 102.248, “Denesiuk” y C. 104.908, “Camacho Molina”, ambas res. del 30-III-2011. Es de señalar, de todos modos, que sólo en este último caso la Corte había previamente desestimado el recurso extraordinario por aplicación del art. 31 bis de la ley 5827 (v. las resoluciones adoptadas respectivamente en las causas de referencia: C. 102.248, del 28-V-2010 y C. 104.908, del 1-IX-2010), lo que naturalmente no es óbice a la vigencia de la doctrina referida en el texto. En el mismo sentido, v. SCBA C. 112.624, “Moreno”, res. del 17-VIII-2011; L. 114.979, “Romero”, res. del 15-XI-2011. Por otro lado, según lo ha señalado la Corte, la solución no se modifica por el hecho de que se califique a la reposición o revocatoria como “*in extremis*” (SCBA, C. 113.330, “L., M.”, res. del 30-XI-2011).

curso. Estamos entonces ante la resolución de un tópico intraprocesal que puede asemejarse a la categoría de las “resoluciones interlocutorias dictadas durante la sustanciación del proceso” (art. 290, CPCC), siendo posible -por ello- que la parte interesada en la desestimación del embate articule a su respecto un recurso de revocatoria.

10.3) Recurso extraordinario federal.

La sentencia que pone fin al pleito en la jurisdicción local aplicando el art. 31 bis de la LOPJ, al ser definitiva¹¹⁴⁶, resulta pasible del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48, siempre que se den las restantes condiciones que lo autorizan.

Entre estas últimas, resulta de especial interés analizar en cada caso la configuración de una cuestión federal que tenga relación directa e inmediata con la resolución del caso, de modo de habilitar su tránsito ante la Corte Suprema de la Nación.

En tal sentido, es sabido que las cuestiones relativas a la admisibilidad de recursos no son, en principio, revisables en esta instancia extraordinaria, ya que por su índole (interpretación de normas procesales) no exceden el marco de las facultades propias de los jueces de la causa¹¹⁴⁷. Incluso el máximo tribunal federal ha destacado el carácter especialmente riguroso que adquiere dicha regla cuando se trata de pronunciamientos de superiores tribunales de provincia, afirmando que “en estos casos la doctrina de la arbitrariedad [por la que, agregamos, excepcionalmente sería posible ingresar en esta temática] es de aplicación particularmente restringida”¹¹⁴⁸.

Pese a dicha tajante formulación, que parece cerrar enfáticamente el acceso a la última instancia jurisdiccional del país para esta clase de planteos, en la jurisprudencia

¹¹⁴⁶ Dos salvedades cabe dejar exteriorizadas en este punto. En primer lugar, que queda a salvo de la calificación aludida en el texto, la resolución que hace uso del ‘certiorari’ positivo, es decir –como fuera explicado- la que admite excepcionalmente un recurso extraordinario, por encontrarse en juego temas de trascendencia institucional o casacional. En este caso, la decisión no sería definitiva a los efectos del recurso extraordinario federal, ya que no pone fin a la litis.

Por otra parte, debe tenerse presente que la definitividad de la sentencia que aplica las restantes variantes del ‘certiorari’ local (típicamente: la desestimación de los recursos por cualquiera de los motivos previstos en el art. 31 bis de la ley 5827), será o no definitiva de acuerdo a los efectos derivados de la firmeza de la sentencia atacada. En otras palabras, la resolución cumplirá dicha condición si, al denegarse los recursos extraordinarios locales, se termina confirmando una sentencia que genera ese tipo de gravamen (doct. CSN, “Fallos” 329:3122, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sent. del 15-VIII-2006, entre otros).

¹¹⁴⁷ CSN, “Fallos” 302:1134; 308:1253; 311:519 y 926, entre otros.

¹¹⁴⁸ *Íd.*, “Fallos” 302:418; 305:515; 306:501; 307:1100; 313:493.

del alto cuerpo pueden recabarse ciertas hipótesis en las que puso en marcha su competencia apelada para revisar decisiones denegatorias de recursos extraordinarios locales, emanadas de los superiores tribunales de provincia.

Agrupando dichas hipótesis de andamiaje del remedio federal, es posible identificar un primer grupo de situaciones en las que lisa y llanamente se admiten excepciones a la regla antes referida, a través de la doctrina de la arbitrariedad, por más que la misma sea examinada con un criterio “particularmente restringido” en la materia. En tal línea de consideraciones, el principio de la “no revisabilidad” ha cedido principalmente cuando lo resuelto por la Suprema Corte local implica un *exceso de rigor formal* que lesiona derechos constitucionales invocados por el recurrente¹¹⁴⁹, conduciendo a una *restricción sustancial de la vía utilizada, sin fundamentación idónea o suficiente*, “lo que se traduce en una violación a la garantía del debido proceso consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional”¹¹⁵⁰.

Un segundo grupo relevante de hipótesis en las que es viable el recurso extraordinario federal contra las decisiones adoptadas por los máximos cuerpos jurisdiccionales provinciales en materia de admisibilidad de los remedios locales, tiene lugar cuando el recurrente plantea: i) la inconstitucionalidad de alguna de las condiciones de acceso a la casación local, siendo desestimada dicha articulación; o ii) la inaplicabilidad del mismo en atención a encontrarse en juego cuestiones federales (vg., la interpretación de una norma integrante del bloque federal). Esta última variante constituye una hipótesis por demás frecuente, en los supuestos de invocación de la conocida doctrina “Strada – Di Mascio” (a la que hemos hecho referencia en más de una oportunidad en esta investigación), por la que se impone a los superiores tribunales locales entender en las cuestiones federales deducidas ante sus estrados, por más que algún precepto adjetivo local cierre su competencia para entender en el caso. Así, para acudir a un ejemplo habitual, si al interponer recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley en la Provincia de Buenos Aires, el impugnante solicita que se declare la invalidez suprallegal del art. 278 del CPCBA, que regula el recaudo de la *suma gravaminis*¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁹ *Íd.*, “Fallos” 311:509; 325:1243 [2002]; 329:2265, 5762 y 5966 [2006], etc.

¹¹⁵⁰ *Íd.*, doct. “Fallos” 328:4497 [2005]; 332:1616 [2009], etc.

¹¹⁵¹ V, al respecto, CSN “Fallos” 331:1178, “Puig” [2008]. V. asimismo, “Fallos” 330:164, “Romay” [2007], en el que, aplicando la doctrina “Strada” y “Di Mascio”, dejó sin efecto la decisión de la SCBA que había

Sin demasiadas dificultades, pueden trasladarse las reflexiones precedentes a las posibles articulaciones federales posibles de ser deducidas por el interesado, ante la desestimación de un recurso extraordinario local por aplicación del art. 31 bis de la ley 5827.

La configuración de una cuestión federal en este ámbito, idónea para perforar la exigencia del art. 14 de la ley 48, puede tener lugar de diferentes modos, de acuerdo con las características de cada caso y las postulaciones del recurrente. Veamos algunas de las que se anticipan como más corrientes en este campo.

Una primera línea argumental podría pergeñarse en torno a la *grave incorrección en la aplicación de la norma*. Nos referimos a la posible pretensión impugnativa articulada por el perdedor, para que la Corte federal deje sin efecto la desestimación del recurso local, afirmando que la SCBA ha incurrido en *arbitrariedad* a la hora de interpretar o valorar las condiciones de aplicación del ‘certiorari’. Así, por ejemplo, frente a un manifiesto e inexcusable equívoco en torno a la analogía entre el caso a resolver y el precedente del que se nutre el cintero cuerpo bonaerense para acoger o desestimar liminarmente el recurso con la sola cita del primero; o ante un exceso ritual manifiesto a la hora de declarar la inadmisibilidad o insuficiencia técnica del recurso¹¹⁵², etc.. Se trata, claro está, de la variante menos plausible de cuestionamiento de la decisión sobre ‘certiorari’, por vía federal, dada la excepcionalidad con la que –reptimos- la CSN tradicionalmente afirma actuar en la materia¹¹⁵³.

desestimado el recurso extraordinario local por ser la cuantía del caso inferior a la suma impuesta en el art. 278 del CPCBA.

¹¹⁵² La Corte ha señalado en más de una oportunidad que si bien las decisiones que se pronuncian sobre la deserción o insuficiencia técnica de un recurso no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del art. 14 de la ley 48, tal regla cede en hipótesis de exceso ritual susceptible de frustrar la garantía de la defensa en juicio (CSN, “Fallos” 307:1430; 311:2193; 324:176; 329:997 y 1762 [2006]; v. asimismo causa P. 591. XLIII., “Peralta, Gustavo Javier s/ recurso de casación”, sent. del 10-III-2009).

¹¹⁵³ La SCBA, actuando como órgano concedente del recurso extraordinario federal (art. 257, CPCN), ha declarado inadmisibles en más de una oportunidad esa clase de impugnaciones, cuando en ellas se cuestiona la arbitrariedad en el uso del art. 31 bis de la ley 5827. Así, por ejemplo, en la causa “Condorelli”, se denunció que la SCBA, al aplicar el ‘certiorari’ negativo, no había tenido en consideración las alegaciones desarrolladas en el recurso local, sin dar motivos y fundamentos suficientes. La SCBA declaró inadmisibile el remedio federal considerando que “las cuestiones relativas a la aplicación de las normas de derecho procesal local (en el caso, el art. 31 bis de la ley 5827), no justifican -por regla y naturaleza- la habilitación de la competencia federal” (SCBA, C. 114.282, “Condorelli”, res. del 6-VI-2012). En el mismo sentido: SCBA, C. 106.481, “Provincia de Buenos Aires c. Astilleros Vanoli”, res. del 5-X-2011; C. 105.510, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, res. del 30-XI-2011; C. 114.097, “Oscar Miguel Busquet E Hijo S.A.”, res. del 6-VI-2012, entre otros.

El mismo criterio desestimatorio siguió la SCBA ante la *hipótesis inversa*, es decir, frente a un recurso federal deducido para cuestionar no ya la aplicación del certiorari negativo, sino la *ausencia de utilización del certiorari*

La segunda hipótesis de andamiaje seguramente tendrá lugar en caso que la SCBA decida en el futuro hacer un uso más expansivo de la causal de “intrascendencia” para negarse a ingresar en los asuntos llevados a sus estrados, con la sola cita del precepto de marras y la referencia a la especie involucrada. Tal forma de decidir, pondrá en juego una discusión diversa, en la que inicialmente no estará en crisis el modo en que el precepto ha sido interpretado, sino directamente la legitimidad constitucional del mismo, a la luz de las garantías del debido proceso, igualdad, etc. Es decir, la articulación de la cuestión constitucional (federal) desarrollada al inicio de esta investigación (v. *supra*, cap. segundo, par. III), para verificar si esta clase de potestades conciden con la Ley Suprema y las convenciones internacionales a ella incorporadas. Independientemente de la solución final que corresponda dar a dicho debate (ya nos hemos pronunciado al respecto en el lugar indicado), lo cierto es que el tema, así planteado, suscita una cuestión federal de las previstas en el inciso 2 de la ley 48, ya que se trata del cuestionamiento de una ley provincial (ley 5827), bajo la pretensión de ser repugnante a cláusulas de la Constitución Nacional y tratados supranacionales.

Finalmente, una variante interesante relativa a las condiciones de validez de ese ejercicio de selección que autoriza el ‘certiorari’ local, tendrá seguramente lugar cuando, al interponer el recurso extraordinario local, el quejoso alegue la poderosa doctrina “Strada – Mascio” como argumento para impedir que la SCBA declare la “intrascendencia” de un asunto en el que haya sido debidamente articulada una cuestión federal (vg., la interpretación de una cláusula de la Constitución Nacional, de un tratado internacional o de una ley federal; la invalidez de una norma nacional o provincial por contrarias la Carta federal; la arbitrariedad del fallo dictado por un tribunal inferior, etc.). En tal caso, a diferencia del planteo anticipado en el párrafo anterior, el examen no versará ya sobre la validez constitucional del ‘certiorari’ de trascendencia como pauta de selección discrecional de casos, sino, más específicamente, sobre la posibilidad de aplicar dicho estándar para separar de la agenda de la casación asuntos en los que se hubieran articulado cuestiones federales. Hemos también abordado este debate con carácter previo, lugar al que remitimos (v. *supra*, ap. 4.4.i). Basta aquí con señalar nuevamente que la cuestión puede suscitar una intensa variante de planteos susceptibles

positivo para hacer excepción al recaudo del valor del litigio (v. SCBA, causa C. 112.809, “Di Franco”, del 18-V-2011.

de abrir la competencia extraordinaria de la Corte Suprema de la Nación, por estar comprometida la legitimidad de la interpretación de una ley local (LOPJ) bajo sospecha de contrariar una ley federal (esto es, el art. 14 de la ley 48, que impone –según la discutible pero consolidada interpretación literal ensayada por la CSN *in re* “Strada” y “Di Mascio”- que sea el órgano ubicado en la cúspide del sistema de justicia provincial el que se expida en última instancia sobre las cuestiones federales deducidas en sede local, antes de acudir en queja ante el más alto órgano jurisdiccional del país).

11) Estadística sobre el uso del art. 31 bis de la ley 5827. El ‘certiorari’ local en números.

Sin perjuicio de los elementos estadísticos relativos al funcionamiento general de la Suprema Corte bonaerense, sobre los que oportunamente recaláramos, es interesante completar esta parcela de la investigación, con los resultados de una indagación elaborada sobre el uso del art. 31 bis de la ley 5827 en la casación local.

El cometido de este apartado es incorporar una serie de elementos objetivos que permitan verificar cómo funciona el instituto al día de hoy. La Corte no lleva adelante una estadística concreta acerca de la utilización del ‘certiorari’, que permita, por ejemplo, conocer de qué modo el mismo opera según la materia involucrada (civil, penal, contencioso administrativo, laboral), qué incidencia porcentual tiene cada uno de los motivos previstos en el citado precepto (vg., insuficiencia, intrascendencia, insustancialidad, casos análogos -en sus dos versiones: positiva y negativa-, etc.), cuántas veces y por qué motivos se usa el llamado “certiorari positivo” (que permite sortear el inumplimiento del recaudo del valor del litigio por razones de “trascendencia casacional” o gravedad institucional), sobre qué tipo de recursos recae con más frecuencia la espada del art. 31 bis de la LOPJ y qué causales son más frecuentes según el tipo de impugnación, etc.

A falta de estos elementos, hemos elaborado una estadística propia, tomando como base la totalidad de las sentencias y resoluciones dictadas por la Corte entre el 1° de enero de 2011 y el 13 de junio de 2012. Todos los textos han sido examinados y, dentro de ese universo, cada uno de los documentos en los que el ‘certiorari’ actuara como instrumento decisor de la SCBA, fueron incluidos en una base de datos especialmente

diseñada con parámetros propios, para extraer información relevante sobre el funcionamiento del ‘certiorari’ estadual.

Los resultados de este trabajo se exhiben a continuación. Cabe aclarar que los datos relativos al ámbito de actuación penal de la SCBA han quedado marginados del análisis, teniendo en cuenta el enfoque de esta investigación, por lo que las cifras extraídas corresponden a las sentencias y resoluciones sobre ‘certiorari’ dictadas en el ámbito civil, comercial, contencioso administrativo y laboral.

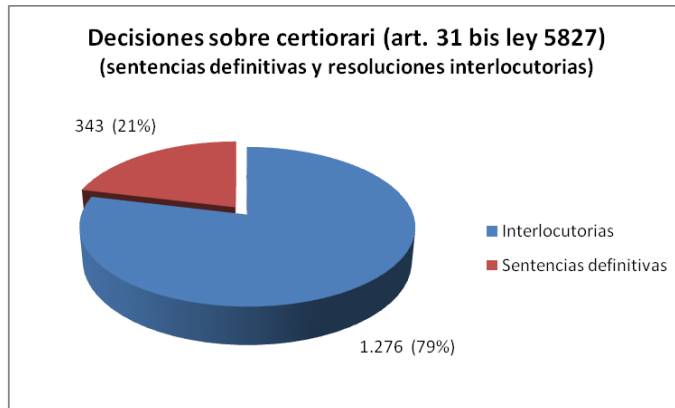
a) Fallos sobre ‘certiorari’ (2011 – junio 2012): distinción entre “sentencias” y “resoluciones interlocutorias”.

La individualización de la fase del proceso en la que se utiliza el ‘certiorari’ es útil para verificar la eficacia del instrumento como mecanismo de descongestión y agilización de causas. Así, por ejemplo, un recurso detectado como insuficiente en la etapa liminar del trámite ante el máximo tribunal, agiliza notablemente la solución del caso, ya que no será necesaria la providencia de autos, las memorias de las partes, el dictamen de la Procuración General, etc.

Ahora bien, como se explicara oportunamente, la Corte frecuentemente reserva la forma de “sentencia” (con acta del acuerdo y voto individual de los jueces), para la fase final del trámite recursivo (en la que se estudia su fundabilidad), mientras que el examen inicial de admisibilidad, generalmente queda exteriorizado en una resolución interlocutoria (especialmente cuando el recurso no supera dicho valladar). Por ello, resulta útil distinguir las hipótesis en las que el ‘certiorari’ es aplicado en la fase liminar de admisión y, aquellas en las cuales utilizado en la etapa de evaluación de la procedencia fondal. En tal sentido, el dato relativo a la forma en que tuvo lugar constituye un buen indicador –aunque no infalible¹¹⁵⁴- sobre la etapa en la que fue finalmente aplicado.

¹¹⁵⁴ La Corte puede remover un expediente de la circulación habitual destinada al estudio de la fundabilidad del recurso (v. par. II, ap. 3), para elaborar una resolución interlocutoria que le ponga fin al pleito sin necesidad de un pronunciamiento con acuerdo y voto individual. En este caso, podría sostenerse que la forma (resolución interlocutoria) no se condice exactamente con la etapa del trámite, ya que el estudio de admisibilidad quizás hubiera tenido lugar hace tiempo. Sin embargo, como se señala en el texto, la frecuencia del uso de la forma de “resolución interlocutoria” para la fase de admisión y de “acuerdo y voto individual” para la etapa de fundabilidad, transforma a la información brindada en esta parcela de la investigación, en un indicador apropiado para valorar la fase del trámite en la que se hace uso del dispositivo de marras.

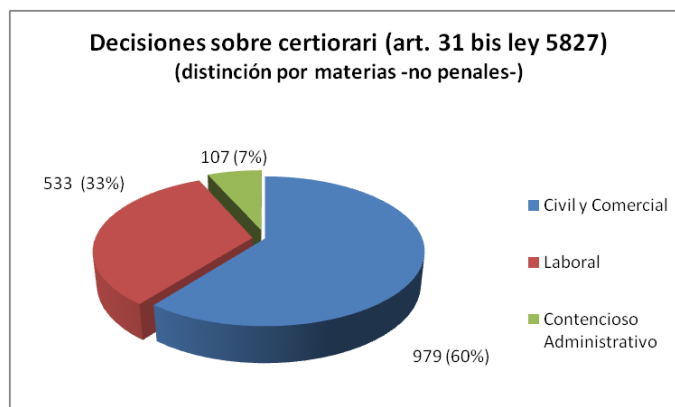
Si pasamos la información recolectada por ese tamiz, obtenemos los siguientes datos:



Los guarismos previos indican un amplio predominio de las resoluciones interlocutorias frente a las sentencias definitivas, en lo relativo a la aplicación del 'certiorari' local. Como fuera anticipado, ello demuestra un aprovechamiento del instituto como dispositivo de agilización en la resolución de causas, tanto por la fase del proceso en la que tiene lugar el dictado las primeras, como por la mayor simplicidad en la confección y circulación de este tipo de resoluciones, según la praxis vigente del máximo tribunal.

b) Distinción según la materia involucrada

Manteniendo el criterio de dejar a un lado la materia penal, interesa verificar el uso que se brinda al art. 31 bis de la ley 5827, de acuerdo con la materia involucrada. Serán distinguidas las siguientes materias: i) civil y comercial; ii) laboral; y iii) contencioso administrativo, siguiendo la organización interna de las secretarías jurisdiccionales de la Corte bonaerense.



De las cifras extractadas, puede advertirse un mayor uso del certiorari en el ámbito civil y comercial (60%), casi duplicando la cantidad de causas en las que se aplica el dispositivo en la órbita laboral (33%). Ahora bien, para completar este análisis, debe asociarse la información aludida, con la incidencia proporcional que cada materia tiene sobre la carga de trabajo total del alto cuerpo, ya que de este modo puede advertirse si la diferencia entre los números por materia responde a criterios diversos de aplicación del ‘certiorari’ en uno y otro ámbito, o si, más sencillamente, se justifica en la diversa cantidad de causas analizadas por materia. A tales efectos, cabe recordar que la materia civil y comercial constituye aproximadamente el 50% de los ingresos no penales de la Corte, mientras que lo laboral incide en un 38% dentro de ese subgrupo y lo contentious administrativo el 12% (v. *supra*, par. II, ap. 4). Con lo cual puede concluirse que la diferencia en las cifras que arroja el uso del ‘certiorari’ por materias sólo parcialmente responde a la distinta carga de trabajo en uno y otro ámbito.

c) Distinción según la materia, tipo de recurso deducido y causal de ‘certiorari’ involucrada

Presentamos a continuación una serie de tablas y gráficos tendientes a verificar el desempeño del certiorari provincial según el tipo de recurso deducido, teniendo en cuenta la materia debatida y la causal por la que se aplicó el art. 31 bis de la ley 5827¹¹⁵⁵.

Materia	Recurso	Causal	Cantidad	%
Civil y Comercial	RIL	intrasc	0	0
		insuf	481	25,67
		re	1	0,05
		ca	19	1,01
		ca+	110	5,87
		p	1	0,05
	REN	n	3	0,16
		intrasc	0	0,00
		insuf	21	1,12
		re	4	0,21
	ca	377	20,12	

¹¹⁵⁵ Cabe aclarar con carácter general que los datos extraídos en la tabla que sigue en el texto, arrojará un total de hipótesis de utilización de las distintas causales del art. 31 bis de la LOPJ, que será mayor a la sumatoria de decisiones sobre certiorari aludida en la gráfica anterior (v. ap. anterior: “Decisiones sobre certiorari...”). Ello obedece a la presencia de casos en los que un mismo recurso es desestimado por más de una causal de certiorari (así, por ejemplo, por ser en parte “insuficiente” y, en otra parte, haber sido resuelto en “casos análogos” o faltarle algún “recaudo esencial”). Tales casos computan como *una* decisión sobre ‘certiorari’ en los términos aludidos en la gráfica anterior, pero como *dos* motivos de aplicación del art. 31 bis, a los efectos del cuadro que sigue. Es por ello que el desfase entre los “totales” incorporados en el gráfico previo y en la tabla que ahora se presenta, arroja justificadamente resultados diversos.

		ca+	17	0,91
		p	0	0,00
		n	4	0,21
	REI	intrasc	0	0,00
		insuf	8	0,43
		re	0	0,00
		ca	1	0,05
		ca+	0	0,00
		p	0	0,00
		n	0	0,00
	Queja	intrasc	0	0,00
		insuf	23	1,23
		re	0	0,00
		ca	0	0,00
		ca+	1	0,05
		p	0	0,00
		n	0	0,00
Laboral	RIL	intrasc	0	0,00
		insuf	200	10,67
		re	95	5,07
		ca	29	1,55
		ca+	204	10,89
		p	1	0,05
		n	5	0,27
	REN	intrasc	0	0,00
		insuf	18	0,96
		re	1	0,05
		ca	83	4,43
		ca+	0	0,00
		p	0	0,00
		n	1	0,05
	REI	intrasc	0	0,00
		insuf	1	0,05
		re	0	0,00
		ca	2	0,11
		ca+	0	0,00
		p	0	0,00
		n	0	0,00
	Queja	intrasc	0	0,00
		insuf	2	0,11
		re	0	0,00
		ca	0	0,00
		ca+	0	0,00
		p	0	0,00
		n	1	0,05
Contencioso Administrativo	RIL	intrasc	0	0,00
		insuf	0	0,00
		re	1	0,05
		ca	3	0,16
		ca+	74	3,95
		p	0	0,00
		n	1	0,05
	REN	intrasc	0	0,00
		insuf	0	0,00
		re	0	0,00
		ca	74	3,95
		ca+	0	0,00
		p	0	0,00

		n	3	0,16
	REI	intrasc	0	0,00
		insuf	0	0,00
		re	0	0,00
		ca	1	0,05
		ca+	0	0,00
		p	0	0,00
		n	0	0,00
	Queja	intrasc	0	0,00
		insuf	2	0,11
		re	0	0,00
		ca	0	0,00
		ca+	0	0,00
		p	1	0,05
		n	0	0,00
Total			1874	100,00

Referencias

- RIL: Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley
- REN: Recurso extraordinario de nulidad
- REI: Recurso extraordinario de inconstitucionalidad
- Queja: Recurso de queja por denegación de los extraordinarios¹¹⁵⁶.
- intrasc.: intrascendencia - insuf.: insuficiencia
- re: ausencia de recaudos esenciales - p: certiorari positivo
- ca: resolución en casos análogos (rechazo) - ca+: resolución en casos análogos (acogimiento)
- n: motivo no identificado¹¹⁵⁷

Como puede advertirse, existen ciertas variables relativamente constantes en el uso de las distintas causales de certiorari según el tipo de recurso extraordinario. Así, por ejemplo, en todas las materias relevadas predomina el uso del motivo de “insuficiencia”

¹¹⁵⁶ Cabe aclarar que sólo se computan como hipótesis de resolución de recursos de queja aquellas causas en las que se resuelve el rechazo o admisión *de la queja misma* por vía de ‘certiorari’. Cuando el recurso extraordinario cuya denegación suscita la queja es el que termina desestimándose o acogándose por aplicación del art. 31 bis de la ley 5827, se computa el caso como una hipótesis de abordaje del recurso extraordinario respectivo (vg., RIL, REN, REI). Ello ocurre en la frecuente hipótesis en la que la Corte, luego de hacer lugar a la queja, acoge o desestima en el mismo acto el recurso extraordinario recién admitido, acudiendo a alguna de las causales del citado precepto local.

¹¹⁵⁷ Utilizamos la categoría del “motivo no identificado” para aludir a los casos en los que la Corte acoge o rechaza un recurso extraordinario haciendo uso del art. 31 bis de la ley 5827, aunque incumpliendo la exigencia de señalar el motivo por el cual se hace uso de la herramienta en cuestión. Se aclara que, en estos casos, la SCBA desarrolla los antecedentes del caso y justifica la respuesta, aunque sin aludir a alguno de los supuestos de aplicación del certiorari local. Es decir, que no se trata de decisiones inmotivadas, ya que muchas de ellas poseen un desarrollo similar al que se aplica frecuentemente para resolver el mérito de las causas llevadas ante sus estrados. La anomalía se verifica en el hecho de no identificarse a qué causal de ‘certiorari’ responde la desestimación liminar decidida, asimilándose prácticamente a un rechazo anticipado por improcedencia del embate (hipótesis que no está prevista en este medio). Véanse como ejemplos de esta práctica, muy utilizada también en el ámbito penal: SCBA, A. 70571, res. del 29-VI-2011; C. 101.207, del 2-XI-2011; C. 107.702, del 6-VI-2011; C. 86.798, del 9-XI-2011; L. 113.641, 1-VI-2011; P. 101.442, del 15-VI-2011; P. 101.715, del 13-VII-2011; P. 102.517, 15-VI-2011; A. 71.850, del 3-V-2012, entre otras.

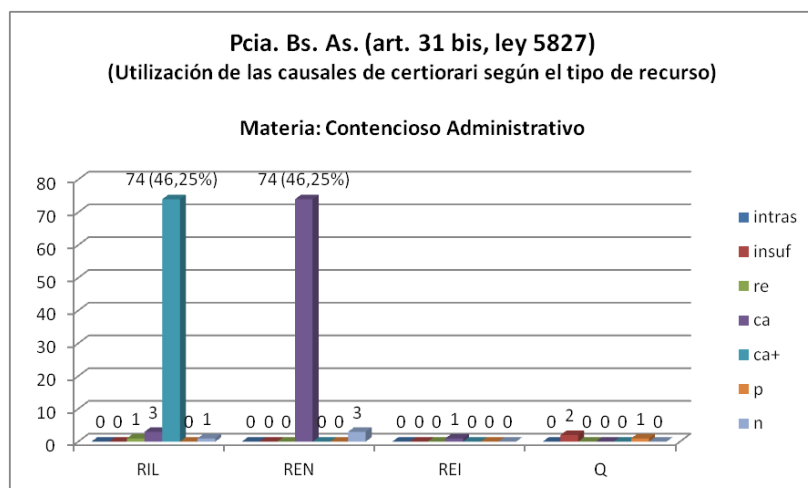
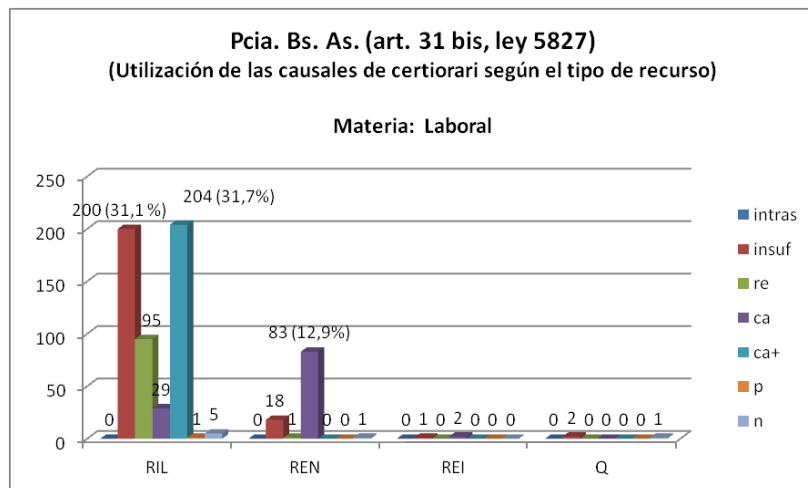
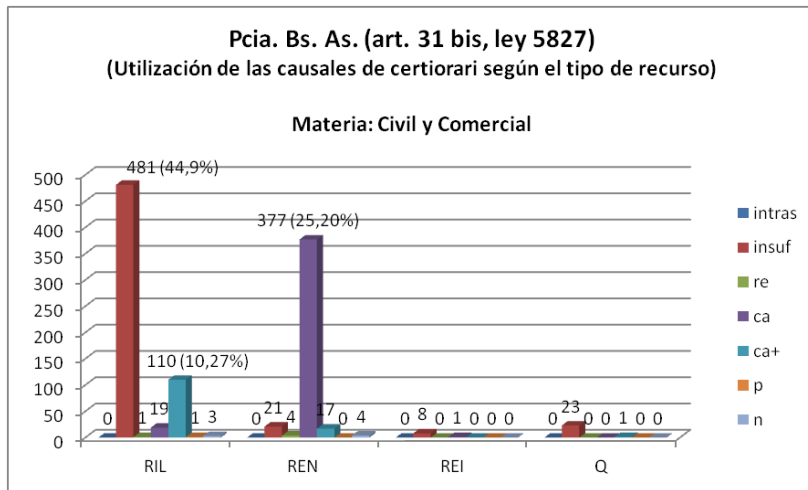
para el rechazo del recurso de inaplicabilidad de ley o de la existencia de “casos análogos” para la desestimación del recurso extraordinario de nulidad.

Otras causales, sin embargo, muestran mayor propensión en su uso dependiendo de la materia enjuiciada. Muchas veces, tal diferencia se explica en circunstancias propias de la litigiosidad respectiva. Así, por ejemplo, en materia laboral puede verificarse el fuerte impacto de la causal de “casos análogos” en su variante “positiva” (es decir, aquella que permite hacer lugar al recurso para revocar total o parcialmente una sentencia que se aparta de la doctrina legal de la Corte), predominio que se explica en el frecuente desconocimiento, por parte de los tribunales de trabajo provinciales, de la jurisprudencia de la SCBA sobre la tasa de interés aplicable para resarcir la mora en el pago de las indemnizaciones respectivas. El masivo desapego de dicha doctrina, que ha llevado a la Corte a sugerir en más de una oportunidad a los órganos jurisdiccionales inferiores del fuero para que acaten su doctrina y eviten dispendios de tiempo¹¹⁵⁸, es entonces la principal explicación de la mayor cantidad de causas en las que se acude a la hipótesis prevista en el art. 31 bis, 2º párrafo, de la LOPJ. Algo parecido sucede con la materia contencioso administrativa, en la que también se advierte un uso significativo de la variante analizada (acogimiento del recurso de inaplicabilidad de ley por haber sido el tema resuelto en casos análogos), cuando una oleada de controversias similares (como la que motivó la problemática de una cobertura integral de servicios de escolaridad especial, reclamada reiteradamente contra la obra social de los empleados públicos provinciales –IOMA-¹¹⁵⁹), llega a los estrados de la SCBA.

Veamos gráficamente la incidencia de las diversas causales del ‘certiorari’ por recurso y por materia:

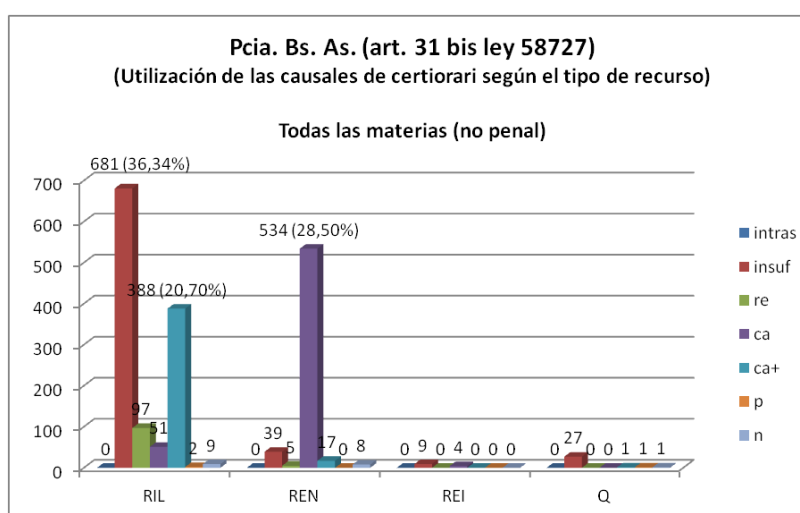
¹¹⁵⁸ Así, en reiteradas oportunidades, luego de advertir que algunos tribunales de trabajo se siguen apartando del criterio sentado por la Corte en materia de intereses, ésta cierra su sentencia revocatoria señalando: “... cabe recordar al Tribunal del Trabajo interviniente que la hipótesis de violación de doctrina legal constituye un fundamento autónomo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (arts. 278, C.P.C.C.; 55 y 63 de la ley 11.653) y que el acatamiento de aquélla por parte de los jueces responde a la necesidad de mantener -conforme una de las facetas de la télesis de la casación- la uniformidad de la jurisprudencia. Tal finalidad se ve frustrada frente a decisiones que -como la presente- se apartan del criterio sentado por esta Corte, con el consecuente dispendio de actividad jurisdiccional y tiempo para las partes litigantes que reclaman justicia (arts. 34 inc. 5 ‘e’, C.P.C.C.; 63, ley 11.653; 15, Constitución provincial). Ello no importa menoscabar la función de los magistrados, pues a éstos les basta -en todo caso- con dejar a salvo sus opiniones personales” (v. SCBA, L. 113.674, “Piedra Buena”, res. del 22-VI-2011; L. 114.666, “Colman”, res. del 26-X-2011; L. 116.439, “Silio”, res. del 18-IV-2012; entre muchas otras).

¹¹⁵⁹ V., sobre el ejemplo citado, SCBA, A. 69.738, “G., J. A.”, sent. del 13-VII-2011; A. 69.787, “R., P. M.”, sent. del 13-VII-2011; A. 69.750, “S., L. A.”, sent. del 14-IX-2011; A. 69.746, “D., M. D.”, sent. del 21-XII-2011; entre miriada.



- Referencias**
- RIL: Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley
 - REN: Recurso extraordinario de nulidad
 - REI: Recurso extraordinario de inconstitucionalidad
 - Queja: Recurso de queja por denegación de los extraordinarios.
 - intrasc.: intrascendencia
 - re: ausencia de recaudos esenciales
 - ca: resolución en casos análogos (rechazo)
 - n: motivo no identificado
 - insuf.: insuficiencia
 - p: certiorari positivo
 - ca+: resolución en casos análogos (acogimiento)

En términos generales (es decir, con independencia de la materia involucrada), la incidencia del uso del ‘certiorari’ por causal y por recurso, puede apreciarse en el siguiente gráfico:



De la información extractada, puede advertirse el predominio del uso de la causal de insuficiencia, en términos generales, respecto del resto de los motivos del certiorari, especialmente en el ámbito del recurso de inaplicabilidad de ley. En efecto, más de la mitad (55,46%) de los recursos de inaplicabilidad de ley que son rechazados vía ‘certiorari’, lo son por la causal de insuficiencia. Asimismo, en general, los recursos de inaplicabilidad de ley insuficientes constituyen el 36,34% de los casos de utilización del ‘certiorari’ por la Corte.

En el caso del recurso extraordinario de nulidad, prevalece el uso del ‘certiorari’ negativo por haber sido desestimados los agravios deducidos en casos análogos. El 28,5% del total de causas en las que la SCBA acudió al art. 31 bis de la ley 5827 en el período examinado, lo hizo para rechazar recursos de nulidad por este motivo. Siendo esa cifra, además, equivalente al 88,5% de los casos de aplicación del certiorari respecto del recurso de nulidad.

**V. HACIA UNA REFORMULACIÓN DE LA CASACIÓN Y CONTROL
CONSTITUCIONAL DE ÚLTIMA INSTANCIA PROVINCIAL. PARÁMETROS
PARA LA UTILIZACIÓN DE DEL RECAUDO DE “TRASCENDENCIA”.**

1) Planteo.

Hemos intentado desentrañar precedentemente los rasgos principales que definen el perfil de la casación de la Provincia de Buenos Aires (diseño que en buena medida se replica, en sus aspectos centrales, en la mayoría de las jurisdicciones locales del país). Asimismo, en lo que concierne al objeto específico de esta investigación, se ha penetrado en la dogmática del ‘certiorari’ provincial, procurando definir, con la mayor precisión posible, las categorías que autorizan su aplicación y los diversos aspectos que hacen a su funcionamiento en esta órbita. Finalmente, hemos expuesto el resultado empírico de la aplicación actual del art. 31 bis de la ley 5827 en la jurisdicción apelada del máximo tribunal local.

Nos interesa ahora profundizar en el estudio de la *apitud del instrumento analizado para modificar el perfil de la casación y control constitucional de última instancia provincial*, especialmente a partir de una administración prudente y sistemática del concepto de “trascendencia”, que se transforme en un criterio de selección idóneo para que la Suprema Corte concentre sus esfuerzos en las misiones fundamentales que institucionalmente le asisten.

Ya nos hemos dedicado a la noción de trascendencia, mentada por el art. 31 bis de la ley 5827, intentando elucidar los elementos que permiten sostener su presencia en un caso concreto (pertinencia institucional y repercusión general). Para llegar a tales definiciones, fue necesario penetrar en las funciones tradicionalmente asumidas por el máximo tribunal bonaerense, verificando las dificultades que acarrea la heterogeneidad de tales cometidos y procurando encontrar parámetros adecuados para el ejercicio de la *única potestad verdaderamente “discrecional” del cimero cuerpo*, que es la de *decidir cuándo entender en cuestiones privadas de trascendencia*.

En el presente párrafo avanzaremos un paso más sobre dicha línea de razonamiento.

El modelo de análisis teleológico propuesto en esta investigación no sólo permite verificar el modo en que el ‘certiorari’ debe ser aplicado para evitar arbitrariedades en la

selección de casos, es decir, haciendo que dicha elección sea consistente con las funciones institucionales reconocidas de un tribunal supremo. También sirve para imprimir los ajustes que sean necesarios para perfeccionar el cumplimiento de dichos cometidos fundamentales o incluso cambiarlos si existieran razones suficientes para ello. Ello así, dado que, como vimos, la primera pregunta que debe formularse un tribunal de última instancia para diseñar seriamente un modelo de selección de casos basado en la trascendencia, es: “¿cuáles *son* o *deberían ser* los cometidos institucionales de esta Corte?”

La respuesta al primer segmento de la pregunta (cuáles “son” los roles del alto cuerpo), permite ajustar el ejercicio de las potestades de selección a un criterio finalista aceptable, ya que sólo los temas que cuenten con dicha “pertinencia institucional”¹¹⁶⁰ podrán abrirse paso en dicha sede. A este dilema nos hemos dedicado previamente, al evaluar cómo debe jugar el concepto de trascendencia en el régimen de casación vigente (v. *supra*, par. IV, ap. 4.7]).

La respuesta a la segunda parte del interrogante (cuáles “deberían ser” dichos roles), abre un nivel de discusión aun más complejo, porque en ese ámbito el ‘certiorari’ no sólo sirve para concentrar la actividad del tribunal en los objetivos que conoce y que ha cimentado a través de más de ciento treinta años de jurisprudencia, sino que será aplicado a una empresa más ambiciosa: la modificación o ajuste del papel que viene cumpliendo la Corte en el concierto de las instituciones. Por supuesto que, para lograr dicho objetivo, no basta con el art. 31 bis de la LOPJ. Sin embargo, en semejante emprendimiento, el precepto jugaría un rol no despreciable: amoldar la agenda del tribunal a sus remozadas funciones, sin necesidad de reformar la Constitución o las leyes procesales.

El plan expositivo a desarrollar seguidamente, comienza con la identificación de los medios a través de los cuales el legislador y la misma Corte, a través de su jurisprudencia, han limitado la competencia de esta última, para no transformarla en una nueva instancia de revisión de las cuestiones debatidas en las instancias de grado. Luego, nos detendremos en el funcionamiento de uno de los criterios de restricción competencial aludidos, como es la conocida distinción entre cuestiones de hecho y de

¹¹⁶⁰ V., sobre este concepto, *supra*, ap. 4.7.g].

derecho. En este punto, abordaremos críticamente la jurisprudencia del cimero cuerpo en torno a la clasificación aludida, especialmente en lo que hace a la revisión de la correcta aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, materia tradicionalmente postergada en esta sede. A partir de allí, se evaluará la posibilidad de utilizar el ‘certiorari’ provincial para revisar esta debilidad histórica en la función nomofiláctica de la Corte, sin que, al hacerlo, se incremente su sobrecarga de trabajo.

2) Los criterios tradicionales de limitación de la competencia casatoria de la Suprema Corte. Influencia del art. 31 bis de la ley 5827.

2.1) Introducción.

Dos son los criterios principales con los que tradicionalmente se ha delimitado la competencia apelada de la Suprema Corte, de modo de evitar que la misma se transforme en una nueva instancia ordinaria, o directamente para atenuar la sobrecarga de tareas a la que naturalmente es guiada por estar ubicada en el vértice del sistema judicial del estado más poblado del país.

En cuanto al primer aspecto (esto es, la delimitación de la competencia revisora del alto cuerpo bonaerense para no edificar una nueva instancia de apelación ordinaria), como fuera anticipado, el sistema provincial descansa en la clásica *distinción entre cuestiones de hecho y de derecho*, para marginar a las primeras de los recursos extraordinarios y centrar la actividad de la Corte en la inspección de la correcta interpretación y aplicación de la ley, procurando -en paralelo- uniformar la jurisprudencia potencialmente inconsistente emanada de los tribunales inferiores.

En cuanto a la segunda nota aludida (es decir, la utilización de criterios de restricción directamente orientados a evitar el cúmulo excesivo de tareas), la elección del legislador (en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el art. 161, inc. 2, ap. a] de la Constitución provincial, para el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley) recayó sobre el explicado “filtro” cuantitativo configurado por la exigencia de la *suma gravaminis* (valor del litigio superior a los 500 “ius arancelarios”)¹¹⁶¹.

¹¹⁶¹ El valor del “ius arancelario” al que se refiere el artículo 9 del Dec. Ley 8.904/75 -texto según según Ley 11.593- (y que la reforma de la ley 14.141 al art. 278 del CPCBA ha tomado como pauta de referencia para mantener actualizada la *suma gravaminis* del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley), es determinado periódicamente por la SCBA, teniendo en cuenta la progresión del sueldo de los jueces de 1º instancia. Así, por ejemplo, mediante Acuerdo n° 3517 (del 25-VIII-2010), dicha medida de valor se fijó, a partir del 1º de

Obvio es decir que no se trata de los únicos dos “límites” existentes para la apertura de la competencia recursiva del cimero cuerpo, ya que todo recaudo de admisibilidad (vg., plazo, legitimación, sentencia definitiva, depósito previo, etc.), en última instancia, está mentado para restringir el análisis de mérito a las causas que cumplen con el mismo. Sin embargo, la importancia de los dos criterios destacados (valor del litigio y restricción del conocimiento a cuestiones de derecho), se evidencia fundamentalmente en dos datos:

a) en primer lugar, en la circunstancia que, en el diseño de los medios de impugnación de la Provincia de Buenos Aires, tanto la restricción de la revisión a las cuestiones de derecho, como la *suma gravaminis*, se muestran como recaudos diferenciales de la casación (no presentes en los recursos ordinarios¹¹⁶²);

b) en segundo lugar, en el hecho que operan como límites que sólo pueden superarse mediante la invocación de doctrinas excepcionales surgidas pretorianamente del seno de la Corte, como la del “absurdo” (para permitir la denuncia de yerros graves en el juicio de hecho de los tribunales de grado) o la de la existencia de “cuestiones federales” (para obligar a dicho cuerpo a entender en asuntos que no superan el valor del litigio, pero que portan cuestiones susceptibles de ser llevadas ante la Corte Suprema de la Nación, v. *supra*, par. IV, ap.4.7.i). No se trata entonces de requisitos destinados meramente a prevenir o sancionar a quien interpone recursos dilatorios, como ocurre –respectivamente- con el depósito previsto en materia laboral o civil, que no afectan a quien tiene razón (la erogación patrimonial se restituye al impugnante victorioso), ni a quien carece de los medios económicos suficientes para satisfacerlos¹¹⁶³. Por el contrario, la limitación de la casación a las cuestiones de derecho

julio de ese año, en ciento veintitrés pesos (\$ 123) por unidad. Por lo que, en definitiva, el valor del litigio exigido como condición de admisibilidad de dicho medio de embate (500 ius arancelarios), quedaba estimado en \$ 61.500. Por Acuerdo 3509, del 6-VI-2012, la citada unidad fue llevada a \$ 188, con lo que la *suma gravaminis* pasó a ser de \$ 94.000. El valor actualizado de esa unidad puede consultarse en <http://www.scba.gov.ar/servicios/jus.asp>.

¹¹⁶² En el ámbito nacional, la situación de la *suma gravaminis* se invierte, ya que la cuantía del agravio constituye un recaudo de admisibilidad del recurso ordinario de apelación (art. 242, CPCN), mientras que no lo es para el acceso ante la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48.

¹¹⁶³ Tanto en el régimen procesal civil (lato sensu) como en el ámbito específico del procedimiento laboral, la exigencia de abonar el depósito previo exigido como recaudo de admisión del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, puede ser exceptuado frente a la ausencia inculpable de medios económicos para satisfacerlo. En el primer caso, por aplicación directa del art. 280 del CPCC, que excluye de la carga de abonar el 10% del valor del litigio a quien goce de beneficio de litigar sin gastos. En sede laboral, como es sabido, el depósito previo exigido al empleador (quien debe abonar el total de la condena -capital, intereses y costas- al interponer el embate), tiene una tésis cautelar (asegurar el pago de las indemnizaciones en caso de

y a asuntos cuantitativamente significativos, están mentados a regir por igual como límites objetivos independientes de las condiciones personales de las partes, sin que tampoco sea su finalidad primordial la prevención o sanción de recursos dilatorios: simplemente se muestran como criterios preestablecidos por el legislador para definir qué tipo de cuestiones debe atender la Suprema Corte como órgano de última instancia.

Entendemos que *la actual redacción del art. 31 bis de la ley 5827*, que permite a la Corte decidir qué asuntos resolver en el fondo, según su “trascendencia”, *no sólo ha venido a renovar el elenco de “restricciones” de los recursos extraordinarios* con un instrumento autónomo de selección de casos, sino que además ha dotado al máximo tribunal de una *herramienta relevante, para manejar con más precisión y funcionalidad dispositivos con los que ya contaba*.

Dedicaremos las siguientes reflexiones a explicar esta repercusión no buscada directamente por el legislador, pero que tiene la aptitud de suscitar un profundo replanteo del ámbito de acción de la casación local. Junto con la definición de los parámetros que permiten analizar la “trascendencia” de las cuestiones llevadas ante la Corte (tema al que nos dedicaremos *infra*, en el ap. 3]), el desarrollo que sigue constituye el eje central del discurso vinculado con la aptitud del llamado “certiorari” provincial para provocar acentuados cambios en el régimen casacional analizado.

2.2) Importancia del art. 31 bis de la ley 5827 para un manejo adecuado de distinción entre cuestiones de hecho y de derecho. La revisión en casación de la aplicación conceptos jurídicos indeterminados.

a) Notas preliminares.

Procuraremos demostrar en este acápite la considerable incidencia que puede tener una utilización teleológica del art. 31 bis de la ley 5827, para un mejor gobierno de la siempre discutida diferenciación entre cuestiones de hecho y de derecho, en el ámbito de la casación.

La idea central a exponer rondará en torno a la ocasión que brinda el dispositivo aludido, para que la Corte deje de lado la línea jurisprudencial que tradicionalmente ha

desestimación de la impugnación) y no sancionatoria. Pese a la ausencia de hipótesis de excepción a este depósito reguladas en el art. 56 de la ley 11.653, se ha admitido jurisprudencialmente que el mismo no sea exigido cuando resulte desproporcionado respecto de la capacidad económica de la empresa y de demuestre la falta inculpable de medios para afrontar dichas erogaciones (conf. CSN, “Fallos” 320:1847 [1997]; SCBA Ac. 95.279, res. del 2-XI-2005; Ac. 99.443, res. del 7-II-2007; RI 110.871, res. del 7-VII-2010), como ocurre – por ejemplo- en el supuesto de quiebra del demandado (v. RI 115.012 res. del 29-II-2012, etc.).

sostenido respecto de su aptitud para revisar la aplicación que los tribunales de grado hacen de conceptos jurídicos indeterminados. En efecto, muchos de los preceptos dotados de dicha textura abierta, demandan para su aplicación en cada controversia, de una delicada valoración de las circunstancias probadas en el caso, lo que ha llevado a la Corte a considerar que el reexamen de dicha tarea constituye una cuestión de hecho, ajena a su competencia extraordinaria y librada a la estimación prudencial de los jueces de grado.

Como intentaremos demostrarlo a continuación, tal criterio carece de asidero en el ámbito de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, exhibiéndose más bien como una doctrina a la que se ha debido acudir por motivos prácticos: no forzar a la Corte a revisar (con el esfuerzo que ello conlleva en la ya dilatada carga de trabajo del cuerpo) los juicios de valor que efectúan los tribunales ordinarios al “concretizar” (aplicar) dichas cláusulas generales en cada caso. Por otra parte, como consecuencia de tal línea de razonamiento, el órgano cimero se priva de desplegar su jurisdicción sobre temas potencialmente idóneos para el desarrollo de su rol institucional.

Por lo que, en definitiva, es importante buscar la manera de adoptar un criterio más riguroso para definir los confines de la competencia casatoria del máximo tribunal (esto es, no excluir de la categoría de “cuestiones de derecho” al examen de temas que, sin dificultad, deberían ser incluidos en dicha especie, como son los errores en la aplicación de una norma de textura abierta), sin que ello signifique exceder sus posibilidades materiales de respuesta.

Desandaremos este argumento precisando, en primer lugar, el origen del problema (los criterios de distinción entre cuestiones de hecho y de derecho en la jurisprudencia de la Suprema Corte), para luego explicar el modo en que puede corregirse el camino seguido en la actualidad, procurando no afectar con ello la capacidad funcional del alto cuerpo bonaerense.

b) Sobre el distingo entre cuestiones de hecho y de derecho. La aplicación de ‘estándares’ o ‘conceptos jurídicos indeterminados’ como cuestión de derecho.

Poco parece que podría agregarse, a esta altura, sobre uno de los senderos más transitados en el estudio de la casación (tanto en el nuestro país como en el derecho

comparado), como la distinción entre ‘*quaestio facti*’ y ‘*quaestio iuris*’. Dos motivos, sin embargo, nos llevan a formular ciertas precisiones sobre el punto.

El primero de ellos, es la directa incidencia que tiene respecto del problema anticipado, esto es: la plena vigencia en el ámbito de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, de la doctrina legal que –en sintonía con criterios también sostenidos en otras latitudes- excluye de su ámbito de revisión una buena cantidad de cuestiones relativas a la aplicación de cierto tipo de preceptos al caso concreto (en particular, aquellos dotados de presupuestos flexibles, abiertos o indeterminados de actuación). Como luego veremos, la decisión de calificar a dicho tipo de planteos como temas “de hecho” para alejarlos de sus estrados, sólo se explica en motivos prácticos: la autolimitación del ámbito cognoscitivo de la casación para controlar el cúmulo de tareas¹¹⁶⁴. Argumento no explicitado en los fallos de la Suprema Corte, pero que es ciertamente atendible, ya que hace pie en un problema serio y actual de su funcionamiento. Lo que ocurre es que, pese a explicarse en dicho cuadro de situación, el criterio aludido no condice con una adecuada sistematización de las causales que dan lugar al recurso extraordinario y, por ende, debe encontrarse otro camino de solución.

La segunda razón por la que conviene que nos detengamos brevemente en el punto, es la subsistencia de una aguda discrepancia, entre quienes directamente consideran que toda distinción entre cuestiones de hecho y derecho es conceptualmente inválida, y quienes descartan dicha reprobación, juzgándola incluso atendible como

¹¹⁶⁴ Coincide con este diagnóstico TESSONE, quien afirma que: “los órganos de casación no son ajenos a la proliferación de recursos extraordinarios que invocan las doctrinas del absurdo o la arbitrariedad. Efectivamente, *se observa una cierta tendencia a calificar de cuestiones fácticas, típicas cuestiones de derecho, como son, por caso, la subsunción normativa de circunstancias particulares o singulares de la causa, no mentadas en las referencias dogmáticas, o de hechos en conceptos jurídicos indeterminados*. Esta transmutación obliga a los justiciables a echar mano de esas doctrinas para denunciar lo que en rigor es un error *iuris*. Ello demuestra, que el agobio de las Cortes no obedece exclusivamente a la recepción del absurdo o la arbitrariedad, y que *estos órganos judiciales, aún en el marco estricto del control de legalidad, están desbordados, pues de lo contrario no se explica el recorte de las funciones propias de la casación*” (TESSONE, Alberto, “Funciones de las Cortes Provinciales”, en VVAA [OTEIZA: coord.], *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, ob. cit., pp. 151-165, esp. p. 155.

En el derecho comparado, destacados autores han desarrollado argumentos consistentes para cuestionar la limitación que los superiores tribunales hacen de sus potestades de revisión, cuando se les requiere controlar la tarea de subsunción de los hechos en cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados. V. entre otros, ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Recurso especial, recurso extraordinario ...*, ob. cit., 2º ed., pp. 430-436; FABIANI, Ernesto, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Utet, Torino, 2003, pássim (v. esp. capítulos sexto [pp. 704-751] y séptimo [pp. 754-776]). V. asimismo la opinión de Taruffo contenida en el prefacio de la última de las obras citadas, en el que se expide claramente a favor de la postura aludida: “resulta insostenible la tesis que reconduce la aplicación de las cláusulas generales a los hechos concretos (o la subsunción de éstos en las cláusulas generales), al ámbito del juicio de hecho. Parece en cambio compartible la concepción opuesta, según la cual este aspecto de la decisión, aun cuando tenga que ver con los hechos, es de derecho” (ob. cit. “Prefazione”, p. XVIII, trad. propia).

criterio de limitación del ámbito de acción de los superiores tribunales. En este aspecto, se hace especialmente necesario definir el marco teórico sobre el que apoyaremos nuestras posteriores reflexiones. De otro modo, el núcleo de la hipótesis anticipada en torno a la incidencia del art. 31 bis de la ley 5827 sobre la competencia de revisión de la Corte local, caería en una indeterminación inadmisibles o correría el riesgo de ser desinterpretada.

A los efectos de esta investigación, nos enrolamos entre quienes consideran que *la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituye una guía posible para determinar el ámbito general de actuación de un tribunal de casación*, concentrando –como tradicionalmente ha sucedido en diversas latitudes- el foco de la revisión de los superiores tribunales, en la inspección de la adecuada interpretación y aplicación de la ley.

Ello *no significa la adopción de criterios de interpretación formalista*, ni mucho menos tomar partido a favor de las supreadas corrientes “silogísticas”, que intentaron ceñir la tarea de juzgar a la mera deducción de conclusiones lineales a partir de una premisa mayor (la formulación hipotética prevista en la norma) y una premisa menor (los hechos del caso), para verificar si estos últimos coinciden con los enunciados en la “prótasis” del precepto general¹¹⁶⁵.

Por el contrario, el marco teórico que adoptamos, parte de reconocer la complejidad tanto del juicio de hecho, como del juicio de derecho, con la consecuente irreductibilidad de dicha tarea a meras operaciones deductivas. También importa admitir la interacción necesaria que, en la tarea de juzgar, existe entre norma y hecho, por la cual la selección de la norma aplicable al caso depende precisamente del énfasis o enfoque que se adopte al valorar la preponderancia de determinados elementos fácticos, dentro de la serie infinita contingencias que pueden conformar el relato histórico de los antecedentes de un caso.

Ahora bien, ni la complejidad de la tarea decisoria, ni la interacción entre “norma y hecho”, son obstáculos para mantener vigente la distinción entre cuestiones de hecho y

¹¹⁶⁵ Utilizamos una terminología difundida en el ámbito de la teoría general del derecho acerca de la estructura de las normas, que puede ser sintéticamente recordada acudiendo a las palabras introductorias de GUASTINI sobre la noción en cuestión: “... toda norma jurídica es reconducible a la forma condicional o hipotética: ‘Si F, entonces G’, donde el antecedente (o prótasis) se refiere a una clase de circunstancias fácticas y el consecuente (o apódosis) a una clase de consecuencias jurídicas (como en nacimiento de una obligación o de un derecho, la imposición de una sanción, la validez o invalidez de un acto, etc.)” (GUASTINI, Riccardo, *Distinciendo ...*, ob. cit., p. 95).

de derecho, como pauta idónea para definir inicialmente el campo de actuación de una corte suprema. Incluso, en un contexto social cada vez más complejo y dinámico, en el que la definición de las reglas generales y abstractas de conducta por el legislador, crecientemente se vale de fórmulas abiertas (como precio a pagar para mantener la posibilidad de regular conductas hipotéticas cuya enunciación no expire a corto plazo¹¹⁶⁶), se vuelve fundamental la guía de los máximos tribunales, como faro al que puedan acudir los tribunales de grado en búsqueda de criterios hermenéuticos adecuados para el manejo de tales categorías.

De otro modo, si la tarea de una corte suprema se limitara exclusivamente a la interpretación y aplicación de preceptos de alcances más o menos rígidos, en los que la construcción sistemática predomina frente a la labor axiológica, la jurisprudencia consecuente corría el riesgo de burocratizarse y de perder aptitud para amoldarse a las necesidades de una legislación que –repetimos– cada vez más se vale de normas de contenido predominantemente abierto para regular la conducta de los particulares y del Estado. Dicho estancamiento no estaría exento de consecuencias, ya que los cimeros cuerpos de justicia se alejarían cada vez más de la problemática actual de los protagonistas del fenómeno jurídico, que palpita mucho más cerca de las pujas por la adecuada interpretación de los estándares abiertos de conducta, que de la discusión sobre el alcance de preceptos dotados de presupuestos más certeros de aplicación.

No se nos escapa que la búsqueda de seguridad en la interpretación de uno y otro tipo normativo, hace a la tarea fundamental de uniformación en la que los máximos tribunales están comprometidos. Por lo que, al destacar la importancia que tiene la actuación de las cortes supremas en la delimitación de los alcances de preceptos de textura abierta (vg., examinar el equilibrio de soluciones jurisprudenciales basadas en criterios como el “esfuerzo compartido”; penetrar en el análisis de la “gravedad” de determinadas conductas genéricamente mentadas por el legislador; valorar la legitimidad de la invocación de estados de “necesidad y urgencia”, tanto de los particulares como

¹¹⁶⁶ Son de recordar en tal sentido las conocidas palabras de HART, para quien *la indeterminación (falta de certeza en la zona marginal de penumbra de una norma) es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales*; no sería posible (y ni siquiera edseable) una situación en la que las reglas fueran tan detalladas que, de antemano, estuviera siempre resuelto si son o no aplicables a cada caso particular, de modo que nunca se hiciera necesario, en el momento de su aplicación efectiva, una nueva elección entre distintas alternativas (HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho* [trad.: CARRIÓ, Genaro], Abeledo Perrot, Bs. As., 2º ed., p. 159-160).

de las autoridades de gobierno para justificar su actuación, etc.), no estamos descartando la utilidad de definiciones propias de su ámbito de acción más tradicional (vg., determinar la prioridad de paso de quien circula por una avenida¹¹⁶⁷; examinar si es absoluto el régimen de inapelabilidad de decisiones en materia de concursos y quiebras y, en su caso, cuáles serían los parámetros que permitirían hacer excepción a dicha regla¹¹⁶⁸; esclarecer la autonomía del régimen de costas en materia de ejecuciones¹¹⁶⁹; determinar los alcances de la responsabilidad del titular-vendedor de un automotor sobre el que aquél ha perdido la guarda, por haber conferido la aptitud de disposición material sobre el mismo –vg., por boleto de compraventa o subasta pública–, pese a no haber transferido formalmente su dominio registral ni formulado la correspondiente denuncia de venta¹¹⁷⁰, etc.).

Lo que sostenemos, en definitiva, es que ambos tipos de labor forman parte de un mismo fenómeno: la interpretación de la norma y su aplicación al caso concreto de conformidad con los hechos verificados en la causa. Que en el caso de aplicación concreta de conceptos indeterminados el examen recaiga fuertemente sobre aspectos valorativos de la decisión, no quita a dicha tarea su naturaleza interpretativa (y –por ello– “de derecho”).

Puede incluso entenderse, siguiendo esta última línea de reflexiones, que la postura adoptada constituye una *nueva forma de apreciar la función axiológica* de las cortes supremas. Es decir, una repotenciación de la labor valorativa de dichos cuerpos, que no queda sólo reducida a la revisión excepcional de la plataforma fáctica de la contienda a través de la doctrina del absurdo, sino que, a través de la reformulación que se propicia, pasa a formar parte de la función nomofiláctica de la Corte. Incluso, en ciertas hipótesis, puede interesar al *ius constitutionis*, al permitir a dichos órganos desarrollar criterios de interpretación de estándares o conceptos de especial indeterminación, con alcances potencialmente expandibles a situaciones análogas.

Si lo hasta aquí expuesto es acertado, la interpretación y aplicación de esta clase de preceptos debería entrar dentro del ámbito de acción propio de la casación (art. 279,

¹¹⁶⁷ Volveremos sobre este ejemplo en el apartado siguiente (infra, ap. c]).

¹¹⁶⁸ V., entre otras, SCBA Ac. 82.347, “Pasqua”, sent. del 24-V-2006; C. 89.635, “Gianni”, sent. del 21-XI-2007; C. 93.936, sent. del 10-III-2010.

¹¹⁶⁹ V. SCBA, causa C. 95.517, “Roj”, sent. del 4-XI-2009.

¹¹⁷⁰ V. SCBA, causas C. 83.469, “Prudent” y C. 96.517, “Prado”, ambas sent. del 15-VII-2009; C. 103.089, “Thurler”, sent. del 9-VI-2010, etc..

CPCC), sin que corresponda acudir a criterio excepcional alguno (típicamente, la doctrina del “absurdo”), para reexaminar la decisión de los jueces de grado sobre el punto.

Las consecuencias de este enfoque no son menores, ya que el *estándar de revisión* varía fundamentalmente: mientras que, en el estado actual de cosas, sólo es posible en estos casos revocar pronunciamientos afectados por vicios graves (ostensibles, palmarios, evidentes, etc.), a partir de la reformulación propuesta, el cuestionamiento de la aplicación que el *a quo* hace de conceptos normativos “flexibles”, constituirá una causal incluida en el ámbito típico de actuación del recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, sin que la Corte se pueda escudar en la necesidad de demostración de un vicio “extremo” para obviar su inspección¹¹⁷¹.

c) Influencia del art. 31 bis de la ley 5827. Recuperación de una adecuada sistematización sin potenciar la sobrecarga de trabajo.

Las repercusiones de la tesis sostenida en el apartado anterior, no sólo se reducen a una reinterpretación del alcance del art. 279 del CPCBA y del ámbito propio de la casación local, sino que, en paralelo, tienen la capacidad de impactar seriamente en la carga de trabajo de la Suprema Corte.

En efecto, al modificarse el estándar de revisión de una buena cantidad de asuntos que usualmente se resuelven con una simple regla de exclusión (que podríamos sintetizar de este modo: ante la duda, el recurso es rechazado, ya que en tal caso el vicio alegado no es “evidente” y -por ello- la sentencia no es “absurda”), el máximo tribunal se vería comprometido a penetrar lisa y llanamente en la profundidad de los elementos de juicio presentes en cada caso, para poder analizar el acierto del juicio de grado en la aplicación de un estándar de conducta. Así, para acudir a otros de los tantos ejemplos disponibles en la materia, debería examinar si, en cada uno de los múltiples accidentes

¹¹⁷¹ La SCBA ha repetido incansablemente que “si bien a través de la doctrina del absurdo se admite una apertura a la revisión de los hechos de la causa en casación, a ella sólo puede acudirse en situaciones que bien pueden calificarse de ‘extremas’. No cualquier disenso autoriza a tener por acreditado dicho vicio, ni tampoco puede la Corte sustituir con su propio criterio al de los jueces de mérito. El absurdo no queda configurado aún cuando el criterio de los sentenciantes pudiera ser calificado de objetable, discutible o poco convincente porque se requiere algo más: el error grave, grosero y manifiesto que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa” (doct. causas Ac. 39.063, sent. del 11-X-1988; C. 97.577, sent. del 28-V-2008; C. 100.091, sent. del 11-III-2009; C. 100.803, sent. del 22-XII-2010; C. 105.030, sent. del 16-III-2011; L. 103.683, sent. del 7-III-2012, entre muchas otras).

de tránsito que llegan a sus estrados y de acuerdo con la plataforma fáctica indiscutida de la causa, la “culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder” ha quebrado el nexo causal¹¹⁷². O si la cosa que produjo el daño, puede ser considerada “riesgosa” en concreto (conf. art. 1113 del Código Civil)¹¹⁷³. O si la actitud de alguna de las partes puede ser calificada como “abusiva” o “contraria a la buena fe” (arts. 1071 y 1198, Cód. cit.)¹¹⁷⁴. O si una conducta determinada es lo suficientemente “grave” como para justificar un despido¹¹⁷⁵, extinguir un matrimonio¹¹⁷⁶ o excluir la responsabilidad de la aseguradora en la cobertura de un siniestro¹¹⁷⁷, etc.

Los efectos prácticos de esa diferencia de enfoque no son de despreciar. Cuando, en estos casos, el tribunal superior examina un recurso extraordinario partiendo de la regla según la cual los agravios deducidos en el mismo son ajenos –por regla- a su competencia, su foco de atención se ciñe exclusivamente a ingadar si en la causa se da una hipótesis de excepción que le permita dejar sin efecto la sentencia. Partiendo de dicho estándar de revisión, entonces, la desestimación del embate se precipita sin más explicaciones si, al confrontar la pieza impugnativa con los elementos de juicio tenidos

¹¹⁷² Se trata de otro de los más reiterados criterios de exclusión, por los que la Corte se rehusa a entender en problemas de aplicación de conceptos especialmente dependientes de las circunstancias del caso, aunque la plataforma fáctica propiamente dicha, no sea cuestionada ante sus estrados. Así lo ha señalado la Corte en reiteradas oportunidades: “Determinar si la conducta de la víctima o de un tercero eximió total o parcialmente de responsabilidad al dueño o guardián de la cosa, constituye una cuestión de hecho, ajena –en principio- a su función revisora (v. SCBA, causas Ac. 35.822, “Montesino”, sent. del 27-V-1986, Ac. 51.817, “Santillán”, sent. del 8-VI-1993; Ac. 67.732, “Meza”, sent. del 24-II-1998; Ac. 87.784, sent. del 28-II-2007; C. 98.336, “Lusto”, sent. del 28-X-2009; C. 97.794, “Pouso”, sent. del 3-XI-2010, entre muchas otras).

¹¹⁷³ Un nuevo ejemplo entre las materias que la SCBA ha tradicionalmente dejado fuera de la casación, salvo demostración de “absurdo” (v. Ac. 39.782, “Sánchez de Cócara”, sent. del 29-XI-1988; Ac. 65.155, “Lucero”, sent. del 2-III-1999; Ac. 93.748, “Hessling”, sent. del 11-VII-2007).

¹¹⁷⁴ *Íd.*, v. SCBA, Ac. 34.410, “Massaro”, sent. del 18-VI-1985; Ac. 45.861, “Sabione”, 7-IV-1992; C. 93.827, “Montenegro”, sent. del 20-VIII-2008.

¹¹⁷⁵ Art. 242, LCT. La SCBA ha considerado en reiteradas oportunidades que la tarea de evaluación de la “conducta de las partes previa a la rescisión del vínculo laboral, para establecer la existencia o no de injuria legitimante del despido, remite a típicas cuestiones de hecho inabordables en casación, salvo absurdo” (causas L. 89.160, “Pucheta”, sent. del 8-VII-2008; L. 97.612, “García Moyano”, sent. del 9-VI-2010, etc.).

¹¹⁷⁶ Arts. 202 inc. 4) y 214, inc. 1), Cód Civil. También la Suprema Corte ha considerado en estos casos que “determinar si en el caso se han producido las ‘injurias’, así como si las circunstancias caracterizadas como tales revisten el carácter de ‘graves’ en los términos del artículo cuya infracción se denuncia, implica adentrarse en el ámbito de las cuestiones de hecho y que, como tales, son, en principio, ajenas a esta sede extraordinaria” (Ac. 40.854, sent. del 13-VI-1989, *Ac. y Sent.* 1989-II-381; Ac. 65.752, sent. del 21-IV-1998, en *DJBA* t. 155, p. 264 y en *ED*, t. 181, p. 816; Ac. 91.545, “R., A.”, sent. del 22-VIII-2007; C. 94.570, “R., S.”, sent. del 10-IX-2008).

¹¹⁷⁷ Art. 70 ley 17.418. La Corte también ha aplicado en este ámbito la regla de exclusión que venimos examinando, juzgando que: “determinar, conforme las circunstancias de tiempo, lugar y modo del accidente si el asegurado actuó o no con ‘culpa grave’, a fin de liberar a la aseguradora de la garantía de indemnidad que asumiera, constituye una cuestión de hecho” (v. SCBA, Ac. 40.812, “Romero”, sent. del 4-VII-1989; Ac. 85.694, sent. del 1-IX-2004; Ac. 87.541, “Rocoma”, sent. del 24-V-2006).

en cuenta por el juzgador de grado, no ha quedado convencido de la existencia de un error ostensible e intolerable.

En otras palabras, tanto la *profundidad del análisis* como la *extensión de la motivación* difieren sensiblemente cuando un superior tribunal se enfrenta a una tarea que forma parte de su competencia habitual o, por el contrario, a una labor que –por regla– no pertenece a dicho ámbito. Y tal diferencia nada tiene que ver con el interés que susciten las materias aludidas, con las preferencias subjetivas de quienes integran el cuerpo jurisdiccional, o con la voluntad de trabajar más intensamente en ciertos casos y no en otros. La distinta intensidad de los esfuerzos que demanda una y otra tarea, responde simplemente a la diversa calidad del examen al que la Corte (como cualquier otro órgano decisor) es llevada, cuando se requiere su intervención en un tema propio de su competencia, o ajeno –por regla– a la misma.

En el primer caso, el tribunal debe penetrar con un *máximo estándar de revisión* en el fondo del problema, indagar en las diversas soluciones postuladas, determinar la más adecuada y justificar acabadamente dicha elección.

Así, volviendo sobre un ejemplo anticipado, para verificar si quien circula por una avenida tiene prioridad de paso en una encrucijada respecto de quien lo hace por la derecha en una calle normal, la Corte ha estudiado directamente las disposiciones del Código de Tránsito (texto anterior: ley 11.430; texto vigente: ley 13.927), dividiéndose entre quienes, por un lado, entienden que por razones de seguridad en el tráfico, las exclusiones a la regla de la prioridad previstas en el art. 57 del primero de los cuerpos citados, deben ser consideradas taxativas (no amparando, por ende, al que transita por una avenida) y quienes, por el otro, juzgan que la norma admite más excepciones que las allí enunciadas, dando cuenta de una hermenéutica que se proclama funcional, y que hace hincapié en las características de aquel tipo de arterias (amplitud, velocidad máxima permitida, diversos sentidos de circulación, etc.) para calificarlas como “de mayor jerarquía”¹¹⁷⁸.

En lo que aquí interesa, es de advertir que el debate respectivo, en definitiva, penetró en las distintas alternativas que el cuerpo normativo parece autorizar,

¹¹⁷⁸ Para citar sólo algunos precedentes en los que dicha reiterada problemática se ha debatido: v. SCBA, Ac. 68.634, “Todoroff”, sent. del 17-XI-1999; Ac. 79.618, “Salinas”, sent. del 8-VI-2005; C. 103.657, “Rodríguez”, sent. del 9-VI-2010, etc.

constituyendo uno de los tanto ejemplos que se pueden extraer de la extensa jurisprudencia del alto cuerpo, en los que el *estándar de revisión* sobre la interpretación de una norma llevada a cabo en las instancias de grado, así como de su aplicación concreta al caso específico, es *pleno*. Distinta hubiera sido la profundidad del estudio, si se hubiera partido de una premisa diversa, como sería la de considerar que dicha discusión fuera ajena, por regla, a su competencia. En tal caso, le hubiera bastado con afirmar dicho principio y simplemente verificar si la sentencia de grado, basada en alguna de las dos interpretaciones aludidas, resultara “disparatada” o “careciera del más mínimo sustento”. Al contar con dicho sustento mínimo, la sentencia sería confirmada, bastando, a tal efecto, un estudio y motivación, conceptual y materialmente, más superficiales.

En otras palabras: el *examen* necesario para advertir en cada caso la existencia o ausencia de una sentencia “absurda” o de elementos suficientes en la misma para “descartar un vicio extremo”, se concentra frecuentemente en los contenidos de la pieza impugnativa y de la sentencia atacada. Por su parte, también la *fundamentación* de la decisión desestimatoria resulta más acotada, dado que –como fuera adelantado- basta con recordar la regla general (el tema no es de competencia del tribunal) y describir los elementos tenidos en cuenta en autos, por los cuales se descarta la presencia de la hipótesis de excepción referida.

Queda claro entonces que *los esfuerzos materiales necesarios para estudiar y decidir un caso varían sustancialmente según sea el estándar de revisión que se utilice*, es decir, según se parta de la regla por la cual una cuestión determinada resulta propia de su competencia casatoria o, por el contrario, se entienda que la misma es ajena –en principio- a su ámbito de acción. Y, cabe reiterarlo: dicha diferencia no se relaciona únicamente con una tendencia “interna” o “sociológica” de los operadores del sistema a brindar mayor o menor atención a una categoría de asuntos, sino que constituye una *consecuencia necesaria de la elección de estándar aludido*. Si una determinada materia es ajena a su competencia, salvo excepciones, la Corte no puede ir más allá de dicho estudio “limitado” o “superficial”, por más que quisiera, ya que de lo contrario estaría infringiendo las reglas que restringen su campo de actuación, arrogándose indebidamente atribuciones que corresponden a los jueces de grado.

Estamos ahora en condiciones de retomar el núcleo argumental que venimos sosteniendo en el presente acápite. Las premisas hasta ahora sentadas son las siguientes:

i) El estándar de revisión tradicionalmente adoptado por la Suprema Corte cuando se trata de subsumir los hechos del caso (tal como fueron definidos en las instancias ordinarias) en un concepto jurídico indeterminado, es restrictivo o limitado: sólo se reexamina la decisión del *a quo* cuando la misma resulta “a todas luces insostenible” (absurda).

ii) Por nuestra parte, hemos tomado partido por un criterio diverso, explicando por qué dicha tarea, en realidad, forma parte de la competencia propia del máximo tribunal, por constituir una función estrictamente nomofiláctica: análisis de la correcta aplicación de la ley a las circunstancias fácticas probadas de la causa, en los términos del art. 279 del CPCC.

iii) La variación del estándar de revisión provoca necesariamente una aguda intensificación de la carga de trabajo de la Suprema Corte, ya que indagar acerca de la correcta aplicación de una norma de textura abierta a los hechos del caso, por más que no importe modificar dicha plataforma fáctica, demanda una detenida valoración de tales elementos, sin que sea suficiente con afirmar la ausencia de “dislates” en la tarea axiológica del juez, como ocurre en la actualidad.

Queda entonces por ver de qué manera el art. 31 bis de la ley 5827 puede servir para que, mejorando en este ámbito el manejo de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho (es decir, encuadrando debidamente dentro de la segunda categoría a los problemas de aplicación de términos legales flexibles), no se agrave la ya excedida agenda del cimero cuerpo.

La solución propuesta, se basa en una utilización teleológica de los parámetros que definen la “trascendencia” de las cuestiones llevadas a los estrados de la Corte, en los términos del precepto citado.

Veremos más adelante que no toda cuestión de derecho, por el sólo hecho de ser tal, debe ser automáticamente considerada relevante, como para merecer un pronunciamiento de mérito por el máximo tribunal. El art. 31 bis de la LOPJ coloca a la Corte en posición de seleccionar los asuntos que la lleven a cumplir más adecuadamente su rol institucional. Al considerar que la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados (tarea especialmente dependiente de una estimación del peso

relativo de una serie heterogénea de elementos fácticos indiscutidos), constituye una cuestión de derecho, no hemos tomado postura acerca de si se trata de una cuestión de derecho “trascendente”. Por el contrario, siendo necesaria la valoración de tales antecedentes para la definición del precepto aplicable en la especie, serán dichas particularidades las que, en general, predominen para dar adecuada respuesta al caso (vg., medir la incidencia de la conducta de cada parte en la celebración y cumplimiento de un contrato, para definir si se hará uso del art. 1197 del Cód. Civil –*pacta sunt servanda*- para acoger la pretensión de cumplimiento contractual; o del art. 954 –impresión-, 1071 –abuso del derecho-, 1198 –principio de buena fe-, etc., para desestimarla).

Ahora bien, como hemos explicado, *dicho predominio de las singularidades del caso no transforma a la cuestión de marras en un tópico de hecho*, ajeno a la casación. Lo que sí provoca es un *debilitamiento de la trascendencia* del asunto como para que sea reexaminado en el fondo por una nueva instancia (la más elevada), cuya función nomofiláctica debe estar orientada a trazar líneas de interpretación sobre temas susceptibles de impactar más allá del interés particular de las partes en conflicto.

La postura que adoptamos, por ende, importa un *cambio sustancial en la mecánica de la casación actual*, en lo que se refiere a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, desde dos vertientes principales. En primer lugar, al considerar que la tarea aludida configura una cuestión de derecho de las definidas en el art. 279 del CPCC, definición a partir de la cual, la labor interpretativa-axiológica de marras pasa a formar parte del éjido normal de revisión de la Corte. Al ingresar en un caso que porte este tipo de problemática, el estándar de su inspección será pleno y, en paralelo, su decisión será idónea para sentar doctrina legal en la materia. De este modo, se maximiza su rol institucional, abriéndosele la posibilidad de desarrollar un papel más dinámico en la creación del derecho viviente, papel que, hasta ahora, ha quedado confinado en esta materia a hipótesis marginales.

La segunda razón por la que consideramos que el criterio defendido variará la fisonomía de la casación, es precisamente la imposición de un estudio liminar de cada causa, para desentrañar, entre la infinidad de asuntos en los que los litigantes vencidos denuncian que el criterio sostenido por los tribunales de grado vulnera un principio general del derecho o un precepto legal de textura abierta, cuáles son aquéllos que

verdaderamente le permiten adoptar posturas trascendentes en la materia, de modo de desplegar, dentro de sus posibilidades materiales, la misión que le es más eminente.

A este último aspecto dedicaremos mayor atención en el apartado que sigue.

3) Hacia un cambio de modelo. Selección de asuntos de conformidad con su trascendencia casacional. Pautas para la aplicación de los parámetros estudiados.

Como fuera anticipado, al día de la fecha, la Suprema Corte no ha hecho un uso prolífico de la verdadera herramienta de selección de causas establecida en el art. 31 bis de la Ley 5827, que le permite rechazar recursos extraordinarios que porten cuestiones “intrascendentes”, sin más motivación que la cita de aquel precepto y la indicación de la causal de desestimación. Recién en 2012 inauguró este camino, en el caso “Barigozzi”, al que nos hemos referido previamente.

Mientras que los restantes motivos que permiten acudir al ‘certiorari’ provincial (vg., insuficiencia del embate, resolución en casos análogos, etc.) ya cuentan con numerosos precedentes en su haber, la relevancia de los asuntos que merecen revisión ante el máximo tribunal local sigue siendo medida –en general- con parámetros estrictamente cuantitativos (*suma gravaminis*). Es decir que, al día de hoy, en líneas generales, un caso sigue teniendo entidad suficiente para ser examinado ante los más altos estrados de la justicia local, sólo si el valor de lo cuestionado en el mismo supera el monto determinado por el legislador. De lo contrario, en un juicio susceptible de apreciación pecuniaria, el caso es –por regla- descartado, con independencia de la importancia pública que posea el punto de derecho controvertido.

La familiaridad de dicho criterio cuantitativo de limitación, así como la relativa “seguridad jurídica” que el mismo posee para los operadores del sistema, como fuera expresado oportunamente, son dos de las principales razones por las que este tradicional modelo de selección de casos ha sido asimilado en la praxis. En contrapartida, la ausencia de ambas notas en el filtro de trascendencia cualitativo establecido, a partir de 2008, en el art. 31 bis de la ley 5827, es una eficaz explicación del *self restraint* que la Suprema Corte viene ejercitando en la materia.

No pasará mucho tiempo, seguramente, para que la senda abierta en el caso “Barigozzi” se generalice. Es decir, que mediante un análisis profundo del instrumento

en cuestión quede en evidencia la sinrazón de asignar prioridad a criterios estrictamente cuantitativos de limitación, frente a la disponibilidad de parámetros cualitativos que, pese a la indeterminación de sus confines, resultan más idóneos para que la Corte se concrete en sus objetivos institucionales más eminentes.

Dicha evidencia (es decir, la superioridad de parámetros cualitativos de limitación, frente a criterios meramente pecuniarios), resulta –de todos modos- un mero punto de partida. Ello así, dado que, para que la herramienta de selección basada en la trascendencia de los asuntos sirva a propósitos superiores, deberá ser acompañada: i) de un estudio profundo de las *funciones institucionales* que *cumple o debería cumplir* un superior tribunal de estas características; ii) de un diseño de *prioridades* dentro de dichas misiones; iii) de un esquema *procesal* que procure que, la adopción de una decisión por parte de la Corte respecto de la trascendencia de un asunto, esté basada en un *conocimiento adecuado de los antecedentes del caso* por parte de los jueces del alto cuerpo; iv) de la *divulgación de los criterios generales* utilizados para valorar la *relevancia* de un asunto; y v) de la implementación de instrumentos que permitan dotar de *coherencia y transparencia* al ejercicio de dicho poder de selección por parte del máximo tribunal.

Varios de estos presupuestos, necesarios para avanzar en un ejercicio constitucionalmente válido de la potestad de “decidir qué casos decidir”, han sido extensamente analizados en el curso de esta investigación. Así, al examinar el concepto de trascendencia, nos hemos detenido en el papel institucional que cumple la Suprema Corte bonaerense, analizando cada una de sus funciones tradicionales (v. *supra*, par. IV, ap. 4.7), también han sido señalados los reparos que merece el modo en que dicho cuerpo ejerce parte de su función nomofilática, al dejar fuera de su ámbito normal de conocimiento el análisis de la correcta aplicación de conceptos jurídicos indeterminados (v. *supra*, ibídem y ap. 2 de este párrafo).

Se ha avanzado también en la determinación de los requisitos generales que debe cumplir una cuestión para ser calificada como “trascendente” (pertinencia institucional y repercusión general) y, finalmente, se ha penetrado en la determinación de parámetros adecuados para hacer uso del único resorte verdaderamente discrecional que posee la Corte en esta materia: la admisión de embates que portan cuestiones “intrascendentes” (carentes de repercusión general -v. *supra*, ibídem-).

En el presente apartado daremos un paso más en la dinámica propia del ejercicio del ‘certiorari’ de trascendencia. Dos interrogantes serán desarrollados en este punto.

El primero de ellos es si puede “graduarse” la pertinencia institucional de una cuestión o, lo que es lo mismo, si entre las distintas funciones de un tribunal de estas características (control constitucional, nomofilaxis, uniformación jurisprudencial, preservación de la justicia del caso), algunas son más importantes que otras.

El segundo aspecto a debatir es si puede concretarse dicho escalonamiento respecto del parámetro de la repercusión general. Es decir, si puede medirse el impacto que puede tener un caso, según el grado de extensión directa o indirecta de la solución que se adopte, en parcelas más o menos significativas de la comunidad.

Ambos aspectos deberán ser escrutados teniendo en consideración las manifestaciones más tradicionales del desempeño que la Corte hace de sus ya estudiadas funciones. Este análisis es por demás importante para evaluar el modo en que el máximo tribunal podrá administrar el filtro de trascendencia, especialmente si desea ponerlo al servicio de una reducción de su agenda que le permita cumplir adecuadamente sus misiones fundamentales.

Ya hemos destacado (*supra*, capítulos primero y segundo, par. VI) que dicha tésis de descongestión no es un fin en sí mismo, sino un camino necesario para que la Corte pueda desempeñar sus funciones esenciales. En otras palabras: el camino adecuado en esta materia, no parte de fijar anticipadamente un número de causas a tratar por año, para luego ajustar el papel institucional del alto cuerpo a dicho cúmulo de causas. Por el contrario, la evaluación debe partir del análisis de los cometidos institucionales deseables para una Corte Suprema, para recién a partir de allí verificar de qué modo los mismos pueden ser cumplidos *realistamente*. Es en este momento en el que entra a jugar el fenómeno de la sobrecarga, como un óbice para el cumplimiento de las misiones fundamentales del superior tribunal. Así, en caso de no poder sostenerse en el tiempo un ejercicio acabado de tales roles en todos y cada uno de los casos, la Corte deberá de algún modo graduar la trascendencia de los asuntos que llegan ante su sede y, quizás, tendrá que determinar qué cuestiones (incluso “de derecho”) merecen su atención y cuáles no podrán ser escuchadas.

Para ejercitar dicha tarea de “sintonía fina” sobre asuntos que, evaluados estáticamente, cumplan con las dos condiciones estudiadas (pertinencia institucional y

repercusión general) o, al menos, permitan al cuerpo cimero el ejercicio de la sana discreción que le permite admitir planteos intrascendentes pero verosímiles (v. *supra*, par. IV, ap. 4.7.h), la Corte tendrá que balancear factores variables, de acuerdo con las circunstancias del caso.

El propósito de este apartado es precisamente anticipar algunos criterios que faciliten dicho análisis por parte del alto cuerpo y favorezcan su coherencia y objetividad. De este modo, se completará el discurso tendiente a indagar en el concepto de trascendencia, como pilar de un nuevo modelo de casación receptado legislativamente con la reforma de 2008 (ley 13.812).

3.1) *Pertinencia institucional: 'quid' de la jerarquía de las funciones de la Suprema Corte.*

a) A diferencia de lo que ocurre con la Corte Suprema de la Nación, que en más de una oportunidad ha identificado entre sus cometidos institucionales aquellos que pueden ser catalogados como los más caracterizados o “eminentes” (v. *supra*, capítulo segundo, par. II y III, ap. 1), la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires no suele explicitar una preferencia o jerarquía entre las diversas funciones que le asisten (control constitucional, nomofilaxis, uniformación, preservación de la justicia del caso). Sin perjuicio de ello, creemos posible indagar sobre el punto más allá de la ausencia de una jerarquía explícita en la jurisprudencia de la Corte.

Un criterio útil a tal efecto es acudir al contexto normativo que define las condiciones tradicionales de admisibilidad de los recursos extraordinarios.

b) En ciertos casos, sea el constituyente, el legislador o la jurisprudencia que interpretara tales fuentes normativas, han eximido a determinadas materias de los recaudos de admisión basados en criterios puramente cuantitativos (típicamente: el valor del litigio o *suma gravaminis*). Es decir, que para ejercer algunos de sus roles tradicionales, la Corte bonaerense no encuentra limitaciones apoyadas en la cuantía del asunto a resolver, por más que se trate de causas de contenido patrimonial.

Ello ocurre, por ejemplo, respecto de su competencia como tribunal constitucional de última instancia en la Provincia de Buenos Aires. Sea que se trate de inspeccionar la validez de leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos por afirmarse contrarios a la Constitución provincial (materia propia del recurso extraordinario de inconstitucionalidad local); de analizar el presunto apartamiento, por parte de los

tribunales provinciales de última instancia, de las formas impuestas por los arts. 168 y 171 de dicha Ley Fundamental (recurso extraordinario de nulidad); o, finalmente, de actuar como superior tribunal de la causa para analizar cualquiera de las cuestiones federales a las que se refiere el art. 14 de la ley 48 (materia, en general, abordable a través del recurso de inaplicabilidad de ley), el ordenamiento positivo y la jurisprudencia que a su respecto han desarrollado tanto la SCBA como la CSJN, enervan la exigibilidad de las condiciones patrimoniales de admisión de los recursos extraordinarios¹¹⁷⁹.

En el caso de los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y de nulidad locales, el ordenamiento omite imponer recaudo alguno de dicho tenor. Dicha mplitud, como es sabido, tiene origen en la explicada doctrina emanada del caso “Sucesión de Julián Hernández” (1971) [v. *supra*, cap. segundo, par. III, ap. 1.2], en el que la Corte hizo hincapié en la distinta redacción de los tres incisos del art. 161 de la Constitución provincial, para concluir que sólo sería posible imponer esa clase de limitaciones en el ámbito del recurso de inaplicabilidad de ley. A partir de dicha premisa, el ordenamiento adjetivo terminó abriendo las compuertas de las dos principales impugnaciones locales de fuente constitucional (recursos de inconstitucionalidad y de nulidad) sin más “filtro” que el plazo, la definitividad del decisorio atacado y las formalidades de estilo necesarias para interponerlos.

Por su parte, en la hipótesis de los recursos de inaplicabilidad de ley en los que se denuncian cuestiones atinentes al bloque federal (típica, aunque no exclusivamente, la violación o errónea interpretación de la Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes federales), la conocida –y también explicada- doctrina “Strada – Di Mascio” impone a los superiores tribunales de provincia soslayar cualquier límite que el legislador estadual hubiera impuesto a la competencia apelada de estos últimos, para abordar ese tipo de planteos (v. *supra*, par. IV, ap. 4.7.i). Es decir que, nuevamente, para entender en cuestiones constitucionales (ahora: federales), la jurisdicción apelada de la

¹¹⁷⁹ Sólo cabe una salvedad a lo expresado en el texto: los casos en los que la hermenéutica constitucional local es revisada por la Suprema Corte a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Como el recurso de inconstitucionalidad en la Provincia de Buenos Aires tiene lugar sólo para definir cuestiones constitucionales complejas (es decir, cuando en un caso se ha planteado la invalidez de una norma general inferior –ley decreto, ordenanza, reglamento- por ser contraria a la Ley Fundamental estadual), la denuncia de violación o errónea interpretación de una cláusula de la Constitución (cuestión constitucional local simple) debe ser articulada a través del recurso de inaplicabilidad de ley. Por ello, en este caso rigen todas las condiciones de admisibilidad determinadas para el remedio de marras (entre ellos, valor del litigio, depósito previo, etc.). Se trata de la única hipótesis en la que la admisión de una cuestión constitucional (sea local o federal) ante la SCBA, encuentra límites cimentados en la trascendencia “cuantitativa” del caso.

Suprema Corte provincial no tiene (ni puede tener, de mantenerse dicho criterio) limitación alguna basada en el valor del litigio o en la cuantía de la pena.

En lo que interesa a este párrafo, es dable señalar que, de dicha construcción legal, supralegal y jurisprudencial, emana una *preferencia* respecto de la *función* de la Suprema Corte como *tribunal constitucional*. Dicho cometido fundamental no tolera retaceos basados en la “trascendencia cuantitativa” del asunto, lo que no puede explicarse sino por la relevancia cualitativa que el constituyente, el legislador y el intérprete le asignan a la aludida función de hermenéutica y control constitucional-convencional, por sobre las demás misiones del alto cuerpo.

Habrán quienes observen que dicha jerarquía de la función de control constitucional puede más fácilmente justificarse en la supremacía misma de la normativa cuya interpretación está en juego (las constituciones nacional y provincial, los tratados internacionales), sin necesidad de acudir al análisis de las condiciones de admisibilidad de las respectivas vías impugnativas.

Sin embargo, una aproximación de ese tenor sería incompleta, ya que, como lo hemos visto, en alguna hipótesis, la revisión de la interpretación de cuestiones de esta índole (planteos constitucionales locales simples, v. nota al pie anterior), están sometidas a los mismos recaudos de admisibilidad que los que imponen al ejercicio de la casación infraconstitucional (entre ellos, la *suma gravaminis*). Por lo que, la mayor amplitud de la jurisdicción apelada de la Corte en materia constitucional, no se deriva automáticamente de la calidad de la normativa cuya hermenéutica se pone en juego, sino que deben también examinarse los resortes adjetivos que permiten justificar dicho aserto, lo que motiva el desarrollo de este primer apartado.

c) Algo parecido, aunque con menor intensidad, podría sostenerse respecto de la tradicional *función uniformadora* de los tribunales de casación.

En ciertas ocasiones, el legislador ha hecho explícita la importancia de la doctrina legal de la Corte, haciendo excepción a la exigibilidad de la *suma gravaminis* como condición de admisibilidad en los casos en los que aquélla resulte vulnerada. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 55 de la ley 11.653, que exime dicho requisito cuando “el fallo recurrido contraríe la doctrina de la Suprema Corte de Justicia a la fecha en que se dictó aquél”. También puede recordarse la variante “positiva” del ‘certiorari’ local, que permite sortear el señalado recaudo patrimonial, “cuando fuera indispensable establecer

doctrina legal sobre cuestiones jurídicas relativas al derecho de fondo aplicable” (art. 31 bis, 4° párrafo, ley 5827, v. *supra*, par. IV, ap. 7).

Quien analiza previsiones como el art. 55 de la ley 11.653, podría perfectamente preguntarse por qué el legislador hace excepción al recaudo del valor del litigio cuando el pronunciamiento en crisis vulnera la doctrina legal de la Corte y no cuando directamente se aparta de una ley que aún no ha tenido oportunidad de ser interpretada por dicho cuerpo. La respuesta más aceptable a dicho interrogante parte de reconocer el predominio de la función uniformadora del máximo tribunal bonaerense, frente a su atribución nomofiláctica. Es decir, que cuando se vulnera la doctrina legal de la SCBA, no hay piso económico para que un caso laboral ingrese a sus estrados, porque la violación de dichos precedentes pone en peligro un rol predominante de dicho cuerpo cimero, como es el de prevenir las inconsistencias jurisprudenciales de los tribunales de grado, especialmente cuando los mismos son de instancia única, como ocurre en el fuero del trabajo provincial.

No es el lugar aquí de verificar el acierto de esta tesitura legal, por la que se entiende que el control de la violación de la jurisprudencia de la Suprema Corte es más relevante que el de la infracción de la ley misma. Lo que interesa simplemente es destacar que la única razón por la que el legislador puede justificar dicha diferencia de trato (imponer límites cuantitativos a la admisión del recurso de inaplicabilidad de ley sólo en el último supuesto), es la preponderancia que, a su juicio, posee la función uniformadora, frente a la de inspeccionar la adecuada interpretación de la ley (nomofilaxis).

También el art. 31 bis de la LOPJ permite advertir dicha tendencia, al despojar de toda restricción pecuniaria a los recursos de inaplicabilidad de ley cuya resolución fuera indispensable para sentar doctrina legal sobre una cuestión de derecho fondal (v. *supra*, par. IV, ap. 7). Sobre la base de dicho dispositivo, la Corte puede típicamente permitir el ingreso excepcional de un asunto para aquietar contradicciones jurisprudenciales emanadas de los tribunales de grado. En contrapartida, no sería “indispensable” fijar criterio sobre una cuestión jurídica que, ni actual ni potencialmente, pudiera generar inconsistencias jurisprudenciales. Nuevamente, la función uniformadora cobra preeminencia frente a la nomofiláctica.

d) Sintetizando lo hasta aquí expresado, podemos decir que: i) la Corte no ha hecho suficientemente explícita su preferencia respecto de los diversos roles institucionales que le competen; ii) ello impide anticipar con precisión el modo en que el alto cuerpo graduará la trascendencia de los asuntos, sobre la base de su pertinencia institucional; iii) sin embargo, tanto de las disposiciones adjetivas sobre admisibilidad de los recursos extraordinarios, como de los criterios pretorianos sentados a su respecto por la SCBA y por la CSN, es posible verificar cierta preeminencia de determinados roles institucionales de la Corte provincial, como son los derivados de su actuación como tribunal constitucional de última instancia provincial y como pieza fundamental en la tarea de uniformación de la jurisprudencia de los tribunales de grado.

Por consiguiente, los casos que permitan al máximo tribunal local desempeñar cabalmente tales cometidos (control constitucional, casación uniformadora), estarán mejor posicionados para sortear la calificación de “intrascendente” con la que el art. 31 bis de la ley 5827 amenaza a cualquier impugnación deducida ante sus estrados.

3.2) Repercusión general: criterios generales para valorar el grado de repercusión de las diversas variantes de actuación de la Suprema Corte.

Así como en la división anterior intentamos aportar ciertos parámetros para “graduar” cualitativamente la pertinencia institucional de un asunto, primer elemento configurativo del recaudo de trascendencia establecido en el art. 31 de la ley 5827, indagaremos a continuación en la posibilidad de concretar un ejercicio similar respecto del segundo de los componentes de dicho concepto: la *repercusión general* de las cuestiones debatidas.

Hemos adelantado que este segundo parámetro necesario para calificar a un asunto como trascendente, tiene lugar cuando el debate articulado ante la Corte tiene *apitudo para expandir sus efectos, directa o indirectamente, sobre una porción relevante de la comunidad* (v. especialmente, *supra*, cap. cuarto, par. IV, ap. 3.4.h]; capítulo sexto, par. IV, ap. 4.7.g]).

En el presente apartado, por ende, intentaremos verificar si, entre las diversas funciones del máximo tribunal, es posible indentificar parámetros útiles para dimensionar, en cada caso, la repercusión general de los asuntos elevados a sus estrados.

Como advertencia liminar, cabe destacar una vez más que el intento de encasillar este concepto en variantes aritméticas pretendidamente exactas, según las cuales –por ejemplo- un asunto cumpliría este recaudo cuando afecte “a más de ‘x’ cantidad de habitantes” o “a una comunidad dispersa en más de un ‘x’ por ciento del territorio nacional o provincial”, etc., constituiría una aproximación ingenua e impracticable, inadecuada por ello para transformarse en un parámetro digno de atención en esta materia.

Es que el análisis del grado de repercusión general de un asunto constituye uno de los aspectos de mayor indeterminación a la hora de definir la trascendencia de un recurso extraordinario. Por lo que, como fuera observado oportunamente (v. *supra*, par. IV, ap. 4.7.g), la aspiración de contar en este ámbito con pautas *infalibles*, idóneas para resolver en abstracto cualquier controversia, resulta excesiva. Nos contentaremos aquí con señalar parámetros *útiles* que sirvan como guía para el estudio de la admisibilidad de un caso sobre la base de este componente fundamental de la trascendencia de un asunto: su ‘repercusión general’.

A tales efectos, repasaremos nuevamente las misiones institucionales de la Suprema Corte (control constitucional, nomofilaxis, uniformación jurisprudencial, preservación de la justicia del caso), pero desde una perspectiva distinta: verificar si entre las diversas formas de ejercicio que dichas funciones, es posible extraer criterios generales adecuados para valorar *prima facie* el grado de impacto que una controversia jurídica adquiere en la comunidad.

a) Control constitucional: la inconstitucionalidad “facial” de una norma y la inconstitucionalidad “dependiente de las circunstancias del caso concreto”.

Siendo que en nuestro sistema de control constitucional, como es sabido, la descalificación de una norma por ser contraria a la Ley Suprema no tiene efectos derogatorios, ha sido ampliamente desarrollada la distinción entre dos variantes de ejercicio de esta inspección suprallegal, que entendemos relevante para este análisis.

Tradicionalmente la doctrina constitucional norteamericana, receptada en nuestro medio, ha diferenciado dos manifestaciones del control constitucional, como

son los casos de inconstitucionalidad “facial” (*on its face*) y de inconstitucionalidad “dependiente de la aplicación de la norma al caso concreto” (*as applied*)¹¹⁸⁰.

En prieta síntesis, la primera variante tiene lugar cuando la norma inferior es inconciliable con la Constitución, cualquiera sea la hipótesis fáctica a la que el precepto respectivo sea aplicado. Es decir, que no puede encontrarse un cuerpo autónomo de situaciones en las que la ley cuestionada pueda salvarse de la descalificación constitucional o convencional. Así, por ejemplo, una norma que haya sido dictada por una autoridad incompetente¹¹⁸¹, que permita la reducción a la esclavitud o servidumbre de las personas (art. 15, Const. Nac.; 32, Const. Pcial.; 6, Convención Americana sobre Derechos Humanos), que valide la ruptura del orden institucional del país (art. 36, Const. Nac.), que limite el derecho al sufragio por razones de sexo o religión (arts. 16 y 37, Const. Nac.; 11 y 59, Const. Pcial.; 1.1 y 24, CADH), que imponga a empresas privadas almacenar el contenido de las comunicaciones telefónicas o correos electrónicos de sus usuarios, por razones de seguridad pública y sin identificar adecuadamente los parámetros que la justicia deberá identificar para hacer uso de esa información¹¹⁸², etc.

La segunda alternativa (inconstitucionalidad ‘*as applied*’), se presenta cuando la invalidación del precepto depende de las circunstancias a las que es aplicado, siendo

¹¹⁸⁰ V. FALLON, Richard H. (Jr.), “As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing”, 113 *Harvard Law Review* 1321 (2000). Una síntesis de esta distinción en nuestro medio, apuntada a explicar los efectos indirectos que produce la declaración de inconstitucionalidad en un caso y en otro, puede encontrarse en RIVERA, Julio César [h] - LAGARRE, Santiago, “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”, en *Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° 86, 2009, pp. 321-350, esp. ap. 2]. En nuestro país, la jurisprudencia de la CSN ha recogido esta distinción para efectos diversos, como ocurre, por ejemplo, con el alcance de la acción declarativa de inconstitucionalidad, ámbito en el que ha considerado que no puede pretenderse la declaración de invalidez suprallegal de una norma, cuando la cuestión dependa exclusivamente del modo en que la misma se aplique en el caso concreto: “En las pretensiones declarativas de inconstitucionalidad la colisión con los principios y garantías de la Constitución Nacional debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto o de sus resultados” (CSN, “Fallos” 330:3109 [2007]).

¹¹⁸¹ Puede recordarse en tal sentido el conocido caso “Filcrosa” en el que la Corte Suprema de la Nación declaró la inconstitucionalidad de normas que determinaban la prescripción decenal de los tributos locales, sosteniendo que “legislaciones provinciales que reglamentan la prescripción de los tributos en forma contraria a lo dispuesto en el Código Civil son inválidas, ya que las provincias carecen de facultades para establecer normas que importen apartarse de la aludida legislación de fondo, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local” (“Fallos” 326:3899 [2003]).

También pueden citarse como ejemplos de esta variante de inconstitucionalidad, las hipótesis en las que el Poder Ejecutivo dicta normas materialmente legislativas acudiendo indebidamente al instrumento previsto en el art. 99, inc. 2 de la Constitución Nacional (decretos de necesidad y urgencia), sin que se den los presupuestos indispensables para ello (v. CSN, “Fallos” 323:1934 [2000]; 325:2394 [2002]; 326:3180 [2003]; Fallos”, 327:5559 [2004], 333:1909 [2010]; entre otros).

¹¹⁸² V. CSN, “Fallos” 332:111 [2009].

posible utilizar lícitamente la norma en cuestión para dirimir otras controversias, en las que su empleo no altere la Ley Suprema. Es decir, que la declaración de inconstitucionalidad de la ley mutila su operatividad en el caso concreto y frente a eventuales casos análogos, aunque ello no es óbice para que la norma mantenga un campo de acción en el que siga desplegando válidamente sus efectos. Así, trayendo ejemplos nacidos de la jurisprudencia de nuestros superiores tribunales, pueden recordarse supuestos como: la declaración de invalidez constitucional de normas que limitan la base para computar la indemnización por despido (vg., art. 245, Ley de Contrato de Trabajo)¹¹⁸³; o que reducen los salarios de los empleados de la administración pública en períodos de emergencia económica¹¹⁸⁴; o, en general, siempre que se plantee la confiscatoriedad de una medida, lesiva del derecho de propiedad, hipótesis en la cual deberá demostrarse la absorción de una porción sustancial de la renta o del capital del accionante¹¹⁸⁵, etc.

La importancia de esta diferencia, en lo que interesa a esta investigación, parte de advertir la tendencia que generalmente posee una inconstitucionalidad “facial”, a extenderse automáticamente (aunque de modo indirecto, salvo que se trate de un proceso colectivo¹¹⁸⁶) a todo el universo alcanzado por la norma invalidada. Siendo que el reproche del dispositivo legal no depende del modo en que el mismo haya sido aplicado en la especie, sino que el mismo cae *in totum* por ser inconsistente con los principios emanados de la Ley Fundamental, *el impacto indirecto de la declaración de inconstitucionalidad será equivalente al ámbito de vigencia de la norma cuestionada*. La parcela de la comunidad interesada en la cuestión constitucional debatida será así idéntica a la alcanzada por la norma.

Por su parte, cuando se trata de la inconstitucionalidad de una norma *as applied*, (es decir, como vimos, de un debate constitucional dependiente de las circunstancias del

¹¹⁸³ V. CSN *in re* “Vizzoti”, “Fallos” 327:3677 [2004].

¹¹⁸⁴ La ubicación del ejemplo en esta categoría de planteos constitucionales (*as applied*) es adecuada para los casos en los que, por ejemplo, el cuestionamiento de la reducción salarial se basa en la desproporción del recorte (vg., si se invoca que la disminución afecta en más del 33% el sueldo percibido hasta ese momento). En tales hipótesis, la medida sería inválida si como resultado de la disminución contemplada en la ley fuera superior a dicho porcentaje, aunque mentendría su vigencia para los restantes casos en los que dicha “confiscación” no se produjera (v. en tal sentido, SCBA, I. 2312, “AERI”, sent. del 1-X-2003; B. 64.621, “Unión de Personal Civil de la Nación”, sent. del 31-V-2004; I. 2440, “Pena”, sent. del 17-X-2003).

¹¹⁸⁵ CSN, “Fallos” 328:4542 [2005]; 332:1571 [2009]; 333:631 [2010], etc.

¹¹⁸⁶ V. sobre la repercusión general “directa” e “indirecta”: *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.h) y capítulo sexto, par. IV, ap. 4.7.g)].

caso concreto cuyo desenlace podría mantener vigente una porción de la norma atacada), el interés en la cuestión articulada se limitará fundamentalmente a aquellos integrantes de la comunidad que se encuentran (o puedan potencialmente encontrarse) en análogas condiciones a las que motiva el asunto llevado ante la Corte. Así, por ejemplo, si se cuestiona una imposición fiscal por afectar una porción sustancial de la renta, debiendo apreciarse la confiscatoriedad del tributo de acuerdo con la capacidad contributiva del ciudadano¹¹⁸⁷, el debate no repercutirá sobre la totalidad de la comunidad afectada por el impuesto, sino sólo sobre aquel segmento respecto del cual la aplicación del tributo constituya una alteración del derecho consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional.

Por lo que, en definitiva, uno de los parámetros idóneos para medir la repercusión general de un caso constitucional, puede partir del tipo de cuestión constitucional articulada y de los alcances de la norma cuya invalidación se pretende. Así, alcanzará el máximo nivel de impacto el planteo de inconstitucionalidad “facial” de una norma que alcance a toda la comunidad (vg., siguiendo con la tónica del ejemplo anterior, el cuestionamiento de un tributo que alcance potencialmente a todo el grupo social, por violentar el principio de reserva legal, es decir: por haber sido consagrado por una autoridad distinta al Poder Legislativo). Mientras que dicho impacto se reducirá a medida que: i) el planteo constitucional recaiga sobre normas de alcances personales o territoriales limitados (vg., el reproche de un reglamento que imponga determinadas normas de conducta a una concesionaria de servicios públicos, que no redunde sustancialmente en perjuicio de los usuarios); o ii) que se ciña a determinados supuestos

¹¹⁸⁷ La Corte ha reiteradamente utilizado parámetros de este tenor al resolver planteos de inconstitucionalidad basados en el monto del impuesto o tasa: “Las impugnaciones basadas en la cuantía del tributo sólo son admisibles cuando se demuestra que, en su relación con el volumen o giro patrimonial del contribuyente, resulta prohibitivo, destructivo o confiscatorio” (SCBA, causas I. 1.270, “Casa Blanco SCA”, sent. del 18-IV-1989; I. 1.992, “Aguas Argentinas S.A.”, sent. del 7-III-2005).

Un ejemplo más claro aún de la aplicación de estándares de valoración dependientes exclusivamente del modo en que una norma tributaria incide en la situación concreta de un contribuyente (*as applied*), puede encontrarse en el análisis constitucional de la cuantía de las contribuciones por mejoras o tasas por conservación de espacios públicos. En estos casos, la Corte ha señalado que: “A fin de determinar si el gravamen es confiscatorio, debe evaluarse la *correspondencia entre el perjuicio irrogado a consecuencia de la tributación y el beneficio que se obtiene por ese mismo concepto*, para poder así precisar si las pautas fijadas para establecer el monto del tributo –vg., una tasa por conservación de calles y caminos rurales– determinan la absorción de una porción sustancial de la renta de la propiedad, debiendo estarse a los efectos de su apreciación cuantitativa al valor real del inmueble considerando asimismo la productividad posible del bien” (SCBA, causas I. 1.541, “Bernal de Palacio”, sent. del 29-XII-1998; I. 1.588, “Amacri S.A.”, sent. del 7-III-2001, etc.).

en los que la aplicación de la misma resulte irrazonable, dejando subsistente buena parte de su ámbito de vigencia (inconstitucionalidad *as applied*).

Tres observaciones se hacen necesarias a esta altura del discurso.

En primer lugar, cabe señalar que los parámetros aludidos constituyen pautas generales que, según fuera explicado, sólo sirven de guía al intérprete. La utilidad que pregonamos a su respecto no debe llevar a la ilusión de creer que basta con conocer las notas aludidas para estar en condiciones de determinar, en cada caso, la repercusión general necesaria para que un tema constitucional supere el valladar establecido en el art. 31 bis de la LOPJ. De hecho, muchos de los ejemplos de inconstitucionalidad '*as applied*' utilizados precedentemente, constituyen importantes *leading cases* sea de la SCBA o de la CSN, que han sentado pautas hermenéuticas fundamentales para valorar la presencia de una infracción constitucional en casos análogos concomitantes o futuros. Con lo que no debe caerse en el error de creer que porque una inconstitucionalidad sea "facial" se tornará *automáticamente* más trascendente que un planteo suprallegal que dependa en su definición de las distintas circunstancias particulares en las que la norma atacada pueda ser aplicada. Es que la primera parte del enunciado de una doctrina jurisprudencial sentada sobre cuestiones constitucionales dependientes de las circunstancias del caso, se enfoca en general en las condiciones que deberían demostrarse para que una norma pueda ser cuestionada como contraria a la Ley Suprema. Es decir, que aun en estos casos, buena parte del *holding* del fallo tiende a propagar sus efectos para casos futuros.

Lo recién expuesto, asimismo, permite conectar los parámetros de valoración aquí analizados, con la distinción que se articula en los apartados siguientes, orientada a destacar la diversa repercusión que tendencialmente poseen dos variantes de control nomofiláctico (legal o constitucional): la que prioriza la interpretación de las cláusulas legales y constitucionales, por un lado y, por el otro, la que se afina en la inspección de la violación de parámetros hermenéuticos ya sentados, en un caso concreto. Este criterio adicional, que también resulta útil para estimar el impacto general de un pronunciamiento constitucional de la Suprema Corte, no se superpone con el que acabamos de estudiar, pero lo complementa, como veremos.

Finalmente, debemos advertir que el filtro de "trascendencia" de las cuestiones articuladas, cuando se trata de planteos constitucionales, puede sufrir una limitación

fundamental en la Provincia de Buenos Aires, de acuerdo con la posición que se adopte respecto del texto del art. 161 de la Constitución local. No referimos una vez más al criterio sentado en el caso “Sucesión de Julián Hernández” (1971), en el que la Suprema Corte interpretara que el legislador sólo puede limitar su competencia apelada en el caso del recurso de inaplicabilidad de ley, sin tener la misma atribución reglamentaria respecto de los recursos extraordinarios de nulidad y de inconstitucionalidad.

De expandirse este criterio al ámbito del ‘certiorari’ local (art. 31 bis, ley 5827) y, consiguientemente, ceñirse los alcances del recaudo de trascendencia al primero de los remedios citados (v. *supra*, capítulo segundo, par. III, ap. 1.2), la importancia del tema desarrollado en este apartado quedará obviamente limitada en la Provincia de Buenos Aires, a las hipótesis en las que la interpretación y control constitucional tenga lugar a través del recurso de inaplicabilidad de ley (vg., cuestiones constitucionales federales, cuestiones constitucionales locales “simples”). Ello así, dado que para el resto de los medios de impugnación extraordinarios (inconstitucionalidad y nulidad), el requisito de la trascendencia no podría ser exigido.

b) Control constitucional (cont.). ‘Interpretación’ y ‘custodia’ de la Constitución.

Otra pauta útil para examinar la diversa repercusión general que pueden tener los planteos constitucionales llevados a los estrados de la Suprema Corte, parte de reconocer la presencia de dos tendencias fundamentales derivadas del ejercicio de dicho rol fundamental.

Como todo tribunal constitucional ubicado en la cúspide de la organización judicial, la SCBA se transforma en un intérprete calificado (el más calificado en algunos casos, por ser la última palabra que se escuchará –por regla- en la materia, como sucede con el control de constitucionalidad local) de las Leyes Fundamentales. Ocioso es a esta altura recordar la especial importancia que poseen los criterios que dicho cuerpo sienta respecto de la ponderación de las distintas cláusulas constitucionales, así como del cotejo de las mismas con la legislación inferior (nacional o provincial).

Lo que interesa en este punto es advertir que, en el ejercicio de dicha misión, pueden apuntarse dos tendencias útiles para medir la trascendencia de un asunto, siempre sobre la base de su repercusión general.

Nos referimos, por un lado, a aquellos casos en los que se plantean cuestiones constitucionales en las que predomina la interpretación, la ponderación, el análisis, balance y exteriorización de los diversos factores que juegan a la hora de determinar la razonabilidad de una limitación de derechos constitucionales o la adecuada organización de los poderes del Estado; frente a aquellos otros en los que el cimero cuerpo se desempeña primordialmente como un tribunal de garantías enfocado a asegurar que los principios consagrados en la Ley Suprema, no permanezcan vulnerados en el caso concreto.

Ya ha sido destacada dicha duplicidad de enfoques cuando estudiáramos el rol de la Corte Suprema de la Nación como tribunal constitucional, a la luz del recaudo de trascendencia establecido en el art. 280 del CPCN (v. *supra*, capítulo cuarto, par. 3.4.b). Se trata, por otro lado, de una dicotomía en la que subyace la clásica distinción entre las tareas interpretación y aplicación de una norma (en este caso, de la Constitución), que tanto ha ocupado las reflexiones de la doctrina dedicada a los bemoles de la casación.

En lo concerniente a la actividad de nomofilaxis infraconstitucional, el tema será ampliado en el apartado siguiente. Nos basta aquí con formular algunas precisiones que en algunos casos pueden parecer algo banales, pero que interesa dejar aclaradas para evitar cualquier forma de desinterpretación de lo expresado.

En primer término, debe advertirse que ambas tendencias no son compartimentos estancos. Es decir, que los asuntos llevados ante la Suprema Corte no pueden ser infaliblemente encasillados en una u otra categoría, pretendiendo que cuando se interpretan los alcances de la Carta Magna se despliega una actividad “pura”, no contaminada por las peculiaridades del caso; y que, por el contrario, al actuar como tribunal de garantías, procurando custodiar los principios emanados de la “ley de leyes”, el alto cuerpo no sienta doctrina alguna emulable en casos análogos.

En la mayoría de las causas, ambas fases de la actividad decisoria interactúan y hasta se fusionan. Sin embargo, es posible mantener la distinción como parámetro válido para valorar la repercusión general de un asunto.

En efecto, cuando en un caso determinado *predomine* la labor hermenéutica (vg., se discuta el alcance de alguna de las libertades reconocidas en la Constitución o en tratados internacionales; se procure arribar a un punto de equilibrio entre derechos, garantías o principios contrastantes mediante ejercicios de ponderación,

proporcionalidad, razonabilidad, etc.), es más probable que de la solución del mismo puedan extraerse elementos configurativos de una auténtica “doctrina legal” aplicable, sea por los restantes tribunales de la provincia en casos análogos, o por la ciudadanía en general en hipótesis asimilables de su vida cotidiana.

Los ejemplos de este tenor se multiplican, como lo hemos visto al explicar en qué consiste lo que hemos denominado la “repercusión general indirecta” de las cuestiones articuladas ante las cortes supremas (v. *supra*, capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.h) y en este capítulo, par. IV, ap. 4.7.g]). Así, para traer a colación otros de los tantos supuestos en los que se presenta esta variante de actuación de un tribunal constitucional, puede recordarse el ejercicio hermenéutico que fuera necesario para reconocer la vigencia de la acción de amparo aun en ausencia de reconocimiento explícito de la ley y de la Constitución¹¹⁸⁸; para declarar la inconstitucionalidad del régimen matrimonial que impedía la disolución del vínculo con recuperación de la aptitud nupcial de los cónyuges¹¹⁸⁹; para reconocer la plena operatividad del derecho a réplica en la Argentina¹¹⁹⁰; o para dirimir sucesivamente la discusión en torno a la posibilidad de perseguir criminalmente el consumo de estupefacientes¹¹⁹¹, etc.

En otras palabras, en los más relevantes *leading cases* de la Corte Suprema, *predomina* la actividad interpretativa por sobre la custodia del interés de quienes denunciaron la conculcación de los principios supraleales en juego. Pero, como es bien sabido, una obvia consecuencia del carácter concreto del control constitucional en la República Argentina (es decir, de la necesidad de que el mismo sólo pueda operar en un “caso” o conflicto de intereses contrapuestos), es que *predominio no significa exclusividad*. No hay máximas abstractas o “súmulas” que rijan en el derecho jurisprudencial argentino como fuente autónoma del derecho, sino criterios susceptibles de ser extraídos de los precedentes de los máximos tribunales, para ser trasladados a casos análogos.

Queda claro así que la idea de analizar la repercusión general de un asunto teniendo en cuenta el predominio de la actividad hermenéutica sobre la de custodia de

¹¹⁸⁸ CSN *in re* “Siri”, “Fallos” 239:459 [1957]

¹¹⁸⁹ CSN *in re* “Sejean”, “Fallos” 308:2268 [1986].

¹¹⁹⁰ CSN *in re* “Ekmekdjian c/ Sofovich”, “Fallos” 315:1492 [1992].

¹¹⁹¹ CSN, “Fallos” 300:254, “Colavini”; 308:1392 [1978], “Bazterrica”; 313:1333 [1986]; “Montalvo” [1990]; 332:1963, “Arriola” [2009].

la Constitución en el caso concreto, no importa sostener ingenuamente la posibilidad de desarrollar una jurisprudencia relevante, apelando a fórmulas genéricas y burocráticas desapegadas de la controversia que les diera sustento.

En definitiva, para acudir útilmente a este parámetro (predominio de la interpretación y ponderación de las cláusulas constitucionales sobre la inspección del modo en que las mismas han sido o no respetadas en concreto) lo que importa es determinar la aptitud del caso para producir un precedente utilizable por la comunidad en su vida de relación o por el resto de los tribunales en casos similares, sin que ello signifique reducir el rol de los superiores tribunales al “puro oficio de formulación de máximas”¹¹⁹².

De este modo, al examinar la trascendencia de una cuestión sobre la base de tales pautas, la Corte apuntará su actividad interpretativa “hacia el futuro”¹¹⁹³, es decir, examinando el modo en que la resolución de la contienda impactará sobre la comunidad o servirá para la decisión de casos ulteriores. La primacía de dicho rol, sobre la de la estricta inspección relativa a la observancia de la Constitución en el caso, será un indicador relevante para juzgar la repercusión general de las cuestiones a decidir.

Ahondaremos en esta visión a continuación, analizar la influencia de la repercusión general (elemento definitorio –como vimos- de la “trascendencia” de un asunto), en la actuación de la Suprema Corte como tribunal de casación infraconstitucional.

c) *Función nomofiláctica: la casación enfocada “al futuro” o “al pasado”.*

Como hemos visto, en la clásica definición del art. 279 del CPCBA sobre los motivos de procedencia del recurso de inaplicabilidad de ley (la denuncia de violación o errónea interpretación de la ley), subyace naturalmente el germen de la remanida

¹¹⁹² La frase corresponde a CALAMANDREI, Piero, “Per il funzionamento della Cassazione unica”, en *Opere Giuridiche*, Napoli, 1979, VIII, p. 387, cit. por TARUFFO, *El vértice ...*, ob. cit., p. 152) y sintetiza la visión más profunda y divulgada de la noción “pura” de la casación, pensada como instrumento desapegado de la justicia del caso concreto y enfocado a la producción de sumarios o máximas jurisprudenciales.

TARUFFO contrapone con claridad esta visión de la casación con la realidad del funcionamiento del instituto en Italia, explicando cómo la técnica decisoria de la *Corte di Cassazione* tiende en general a enfocar la interpretación de la norma en las particularidades del caso, obstaculizando la posibilidad de extender las conclusiones del fallo más allá de aquél (TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo ...*, ob. cit., esp. pp. 153-166 y 227-230).

¹¹⁹³ Sobre la importancia en nuestro medio de la distinción ensayada por TARUFFO, entre los modelos comparados de nomofilaxis basados en un enfoque “a futuro” y “al pasado”, véase el análisis contenido en el apartado siguiente.

distinción entre cuestiones de hecho (ajenas a dicho campo de acción) y de derecho (propias de su función más tradicional).

Sintetizando los rasgos fundamentales de esta última gama de cuestiones, que constituyen el núcleo de la función nomofiláctica de la Suprema Corte, puede decirse que las principales manifestaciones de las mismas tienen lugar frente a: i) defectos sentenciales en la elucidación del sentido de los textos legales involucrados en la solución de la litis (errónea interpretación de la ley); o ii) yerros en la tarea de subsunción de la plataforma fáctica del caso en las fuentes normativas mentadas para darle una respuesta justa (violación o aplicación indebida de la ley).

Hemos identificado previamente (v. *supra*, par. V.2]) uno de los principales déficits que exhibe la jurisprudencia de la Corte en el manejo de dichas categorías, como es la marginación de una variante significativa de errores de aplicación normativa, de los confines típicos del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Nos referimos al reiterado criterio pretoriano del máximo tribunal por el que considera ajena a su competencia casatoria, la revisión del modo en que los tribunales de grado aplican conceptos jurídicos especialmente indeterminados o de textura abierta (vg., la presencia de un ejercicio “abusivo” del derecho, la “gravedad” de la injuria alegada, la existencia de una hipótesis de ruptura de la relación causal por culpa de la víctima o de un tercero, etc.).

Como fuera explicado con más detenimiento en dicha parcela de la investigación, el entendimiento aludido importa una alteración de la naturaleza de las cuestiones debatidas, que impacta directamente en el estándar de revisión que la Corte utiliza para examinar esta clase de planteos. Ello así, dado que, al no considerárselas cuestiones de derecho (vg., denuncias de infracción del art. 1071 del Código Civil –abuso del derecho–, del art. 1113 de dicho cuerpo legal –culpa de la víctima o de un tercero por el que no se debe responder–, etc.), pasan a ser abordadas sobre la base de la doctrina excepcional del absurdo, como si se tratara de impugnaciones destinadas a revisar el relato fáctico del tribunal inferior.

Ya hemos abordado críticamente este criterio jurisprudencial, explorando las razones por las que corresponde postular un cambio de tornas en esta materia. Sobre el punto, remitimos a lo expresado en el apartado de referencia (*supra*, V.2]).

En lo que aquí interesa, el problema de marras constituye un indicador de la preferencia que la Corte ha querido darle a la tarea de interpretación de los textos legales, por sobre la custodia de la adecuada aplicación de los mismos, especialmente cuando dicha tarea de subsunción depende de un delicado estudio de las particulares circunstancias que nutren cada caso.

Tomemos uno de los ejemplos citados, extractado de la nutrida serie de precedentes en los que se puede apreciar este predominio de la actividad hermenéutica (búsqueda del sentido de los preceptos), por sobre la de inspección del modo en que los mismos, así entendidos, han sido aplicados para resolver una controversia específica.

En el ámbito de la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, son múltiples los casos en los que las partes pretenden revisar si, de los hechos probados (e indiscutidos) de la causa, puede derivarse como conclusión la presencia de una hipótesis de culpa de la víctima o de un tercero que exima al titular de aquélla, de la obligación de resarcir el daño ocasionado. Frente a este tipo de planteos, como fuera explicado oportunamente, la Corte se pronuncia de modo constante sosteniendo que se trata de cuestiones “de hecho” impropias de su competencia extraordinaria:

“Determinar si concurren o no las circunstancias previstas en la parte final del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil que conducen -por interrumpir el nexo causal- a liberar total o parcialmente de la responsabilidad que dicha norma atribuye al dueño o guardián de la cosa, constituye una cuestión de hecho que únicamente puede ser revisada en caso de que se alegue y demuestre cabalmente la existencia de absurdo en la tarea valorativa”¹¹⁹⁴.

Es decir, que por más que no se pretenda revisar el modo en que los hechos sucedieron (ej., en un accidente automovilístico: si tal o cual persona conducía en estado de embriaguez, si circulaba por la derecha o por la izquierda, si cruzó la calle por fuera de la senda peatonal y a qué distancia de la misma, si lo hizo corriendo o caminando, de noche o de día, con lluvia o neblina, hablando por el celular, etc.), sino subsumir dichas circunstancias en la parte final del art. 1113 del ordenamiento fondal, la materia es -para la Corte- ajena a su función nomofiláctica.

¹¹⁹⁴ V, entre muchas otras, Ac. 85.622, “Cenizo de Trinidad”, sent. del 24-V-2006; C. 100.073, “Argentieri”, sent. del 29-XII-2008; C. 103.236, “González Altamiranda”, sent. del 28-IV-2010; Rc. 109.351, “De Vita”, sent. del 10-XI-2010.

Ahora bien, a la hora de sentar posturas sobre el sentido de ciertas expresiones contenidas en el mismo art. 1113 del código citado, el alto cuerpo ha actuado como un auténtico tribunal de casación desempeñando sus funciones más típicas. Así, por ejemplo, a la hora de analizar si la expresión “culpa de la víctima o de un tercero” contenida en dicho precepto, sólo hace referencia a las hipótesis en las que se demuestra un componente subjetivo en el obrar de tales agentes o si, por el contrario, basta que el hecho ajeno quiebre el nexo causal entre la actuación de la cosa y el daño padecido, la Corte sentó directamente doctrina sobre el punto afirmando:

“El art. 1113 del Código Civil se refiere a la conducta de la víctima (como factor de interrupción total o parcial del nexo causal entre el hecho y el daño y, consecuentemente, con virtualidad para eximir en esa medida la responsabilidad) sin ningún tipo de connotación subjetiva. En otros términos, no es computable la intención motivante de la conducta; la norma se contenta con menos, pues le basta con que el intérprete juzgue que ese comportamiento tuvo eficacia para cortar el nexo causal. Si además, esa conducta significó o tradujo irresponsabilidad, negligencia, culpa, la asunción de un riesgo innecesario o no, son elementos inútiles para juzgar los supuestos de liberación de la responsabilidad contemplada por el artículo citado”¹¹⁹⁵.

De las muestras escogidas, puede advertirse la preferencia implícita que la Corte ha tenido sobre una de sus variantes de actuación nomofiláctica, como es la revisión de la correcta o incorrecta interpretación del sentido y alcances de las fuentes normativas pertinentes. Fenómeno que, en paralelo, se refleja en la retracción de otra manifestación de dicha función como es el control de la subsunción que los tribunales de grado hacen de las circunstancias particulares de la causa, en preceptos de textura abierta.

Veamos otro de los tantos ejemplos en los que el máximo tribunal bonaerense actúa con parámetros de revisión diversos según que el énfasis del examen recaiga sobre el esclarecimiento del sentido de los textos legales o, por el contrario, sobre el modo en que han sido subsumidas las particularidades del caso en tales previsiones normativas.

En materia de simulación, también es frecuente que las partes pretendan que la Corte, sin necesidad de reexaminar el modo en que el *a quo* afirmara que los hechos sucedieron, valore nuevamente tales circunstancias fácticas para verificar si las mismas

¹¹⁹⁵ SCBA, Ac. 75.139, “Gorordo”, sent. del 20-IX-2000; Ac. 84.442, “Scazzino”, sent. del 18-VI-2003; Ac. 86.433, “Franco”, sent. del 1-IX-2004; Ac. 90.443, “Adano”, sent. del 13-IV-2005; Ac. 89.874, “Barramuño”, sent. del 7-II-2007; C. 97.830, “Ferri”, sent. del 11-II-2009; C. 101.930, “Ipata”, 9-VI-2010, entre otras.

constituyen o no un caso de “encubrimiento del carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro” (art. 955, Cód. Civ.).

Al igual que en el ejemplo anterior, el alto cuerpo descarta esta clase de planteos, por considerarlos impropios de su competencia casatoria:

“Determinar si concurren o no las circunstancias que hagan inequívoca la existencia de simulación en un caso concreto, es una típica cuestión de hecho y como tal, sólo susceptible de revisión si se demuestra fehacientemente la existencia de absurdo en el quehacer valorativo que con exclusividad están llamadas a cumplir las instancias de mérito”¹¹⁹⁶.

Sin embargo, cuando se trata de determinar el perfil del instituto analizado, el tribunal cimero penetra en dicha tarea hermenéutica, sentando doctrina, por ejemplo, respecto de los distintos tipos de simulación pergeñados en dicho capítulo del Código Civil, así como los presupuestos necesarios para que se configure cada una de tales variantes:

“El Código Civil legisla tres formas diferentes de simulación que sólo pueden configurarse mediante concurrencia de presupuestos que responden a su propia cualidad: si la simulación es absoluta, será preciso que las partes se hayan puesto de acuerdo en crear únicamente una apariencia de acto, sin contenido alguno; si es relativa, en realizar verdaderamente un acto, pero bajo la apariencia de otro de naturaleza distinta; y si es por interpósita persona, que en el acto aparente y querido aparezca un sujeto como parte cuando en realidad no tiene este carácter”¹¹⁹⁷.

Lo que la Corte hace al trazar la línea demarcatoria entre lo “propio” y lo “ajeno” a la casación, en los ejemplos señalados (y en los múltiples supuestos de idéntico tenor conceptual), es fijar una *prioridad acerca de lo que considera que debe predominar cuando actúa su papel nomofiláctico*. Permitiéndonos un tono algo coloquial, lo que el cimero cuerpo está diciendo es: “yo voy a definir qué es un acto simulado, cuáles son las hipótesis de simulación admitidas en nuestro ordenamiento, qué requisitos deben ser aportados para tener por configurado cada supuesto, qué efectos tiene la declaración de

¹¹⁹⁶ SCBA, Ac. 64.448, “Vives”, sent. del 22-XII-1998; Ac. 83.100, “Rivadulla”, sent. del 23-IV-2003; Ac. 89.609, “Guerrero”, sent. del 15-VIII-2007, etc.

¹¹⁹⁷ SCBA, Ac. 44.883, “Cangelosi”, sent. del 25-VI-1991; Ac. 83.100, “Rivadulla”, sent. del 23-IV-2003; Ac. 74.459, “Guerrero”, sent. del 29-IX-2004.

simulación en cada caso, sea entre las partes como respecto de terceros ... Pero lo que no voy a hacer es revisar el modo en que los tribunales de grado aplican en cada caso dichos conceptos (por más que las partes no busquen revisar la plataforma fáctica determinada en las instancias de grado, sino simplemente verificar si la misma encuadra en los arts. 955 y ss. del Código Civil y su doctrina)".

Obvio es señalar que esta intención de asignar preeminencia a una de las formas de nomofilaxis no se encuentra explicitada en la jurisprudencia del superior tribunal provincial. Como fuera explicado, para marginar de su competencia a esa profusa serie de denuncias de violación de preceptos jurídicos indeterminados, la Corte ha forzado la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, decidiendo que el control de la correcta subsunción de los hechos del caso en una norma de textura abierta, entra en la primera categoría y, por ende, no pertenece –por regla- a sus cometidos institucionales.

Hemos anticipado que un buen manejo del recaudo de la “trascendencia” puede permitir al órgano ubicado en el vértice de la jurisdicción provincial, dejar de lado ese manejo discutible de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, sin necesidad de quedar atrapado, a consecuencia de ello, por una carga de trabajo excesiva que le impida cumplir sus misiones fundamentales. Esta modificación de enfoque, como fuera igualmente puesto de relieve, no constituye un mero ejercicio dialéctico o una propuesta destinada a depurar conceptualmente la praxis casacional local, sino que –por el contrario- tiene notables consecuencias prácticas (v. *supra*, par. V.2], especialmente ap. c]).

Correponde ahora señalar de qué modo es posible hacer valer los estudios precedentes sobre los elementos definitorios de la noción de trascendencia, para que la Corte pueda definir adecuadamente el perfil institucional de su actividad nomofiláctica.

En tal sentido, es de recordar inicialmente que no toda cuestión, aunque sea “de derecho”, tiene aptitud suficiente para repercutir directa o indirectamente en una pluralidad relevante de personas. Es por ello que, en vez de extender indebidamente la categoría de las “cuestiones de hecho” a hipótesis de calificación jurídica como las que hemos visto en este apartado, corresponde acudir al “filtro” previsto en el art. 31 bis de la LOPJ para moderar el ingreso de asuntos en los que se plantee la revisión de problemas de subsunción de los hechos del caso, en conceptos legales flexibles.

Ello no significa cerrar irremediablemente las compuertas de la casación a este tipo de planteos, ya que, de lo contrario, la propuesta de “ampliar” los confines de la casación para recuperar esta forma de nomofilaxis como una de sus materias propias, terminaría dejando a los debates sobre la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, más afuera de lo que ya estaban en la jurisprudencia tradicional de la Corte.

La propuesta, en definitiva, parte de retomar la visión de la nomofilaquia como actividad de producción normativa destinada “al futuro”, es decir, encaminada a influir en la decisión de casos ulteriores o, directamente, para inspirar la conducta de la ciudadanía en su vida de relación, frente a circunstancias similares a las que motivaran el dictado del precedente.

TARUFFO ha insistido en esta variante de control de legitimidad, como uno de los principales modelos a tener en cuenta a la hora de definir qué tipo de tribunal superior se pretende para un ordenamiento determinado. Es útil afincarse en dicha interesante categorización del publicista italiano, que distingue dos especies principales dentro de las diversas formas de control nomofiláctico ejercidas por los tribunales superiores en el derecho comparado: i) un modelo orientado “al futuro”, que dirige la interpretación de la norma, efectuada *con ocasión de un caso concreto*, a establecer *criterios válidos para la decisión de casos futuros*; y ii) otro modelo enfocado “*al pasado*”, que prioriza el *control de legalidad de la específica decisión impugnada*, sobre la base de las *circunstancias particulares del caso*, descuidando la idoneidad que pueda tener el precedente para sentar pautas de interpretación utilizables en la resolución de controversias similares¹¹⁹⁸.

La distinción, pensada como un instrumento de análisis de los sistemas comparados en la materia, incorpora un concepto interesante para esta fase de la investigación, ya que sirve también para explicar las tendencias que puede asumir un tribunal súbitamente dotado de un mecanismo de selección de causas como es el ‘certiorari’. El argumento, actualmente desarrollado para el instituto regulado en el art. 31 bis de la ley 5827, sirve, con las obvias adaptaciones del caso, para el ya estudiado resorte del art. 280 del CPCN.

¹¹⁹⁸ V. TARUFFO, Michele, *El Vértice ambiguo...*, ob. cit., pp. 13-14

El punto, por otra parte, guarda íntima relación con el tratamiento que, en el apartado anterior, hemos dado a la temática de la aplicación del estándar de la repercusión general al rol que desempeña la Suprema Corte como tribunal constitucional. También allí, como vimos, era necesario distinguir dos enfoques del control constitucional que, en definitiva, terminaban siendo compatibles con dos visiones acerca del rol predominante que pueden asumir estos tribunales: “hacia el futuro” (sentando líneas relevantes de interpretación y ponderación de los derechos, garantías y principios emanados de la Constitución) o “hacia el pasado” (custodiando el respeto de la Ley Suprema en cada caso concreto).

En el presente apartado hemos profundizado dicha línea de análisis, tiñendo el abordaje con los problemas propios de la función casatoria del derecho infraconstitucional común y local, que le corresponde en última instancia al máximo tribunal bonaerense.

Nuevamente debe advertirse que las dos aproximaciones aludidas no constituyen compartimentos estancos. Es decir que, por un lado, los tribunales que enfocan su actuación a controlar la legitimidad de las decisiones inferiores teniendo en consideración prioritariamente las particularidades de la controversia, no están impedidos de sentar criterios jurisprudenciales nacidos de las premisas utilizadas en cada caso para resolver. Y viceversa, pretender orientar la función nomofiláctica del tribunal superior hacia la producción de una doctrina legal consistente sobre puntos de derecho susceptibles de inspirar la solución de casos análogos, no significa adscribir a una visión de corte acotada al puro oficio de “formular máximas generales y abstractas”, desapegadas del asunto a dirimir.

Lo que impera, en el enfoque que proponemos, es el análisis del *predominio* de una u otra aproximación a este rol institucional de la Corte.

¿De qué modo entonces puede el art. 31 bis de la ley 5827 transformar la casación local, en lo concerniente a la función nomofiláctica del tribunal ubicado en la cúspide de la organización jurisdiccional?

Cuando una corte suprema carece de un instrumento idóneo para administrar su agenda, como es el ‘certiorari’, no sólo puede quedar sometida a afrontar una carga de trabajo desproporcionada a sus posibilidades funcionales. Además de dicho conocido efecto, que incide negativamente en la capacidad del alto cuerpo de desarrollar las

funciones para las que fue diseñado, existe otro impacto, más sutil, íntimamente relacionado con la distinción que venimos desarrollando, en torno a las dos aproximaciones que puede asumir el rol nomofiláctico de la Corte. Veamos.

Cuando un tribunal de estas características carece de un mecanismo de selección que le permita juzgar la trascendencia cualitativa de las causas llevadas ante sus estrados, básicamente se ve en el deber de pronunciarse sobre todo problema jurídico articulado adecuadamente. Dejemos aquí a un lado limitaciones como la *suma gravaminis*, que carecen de relevancia en esta línea argumental. Superados los valladares formales tradicionales, una Corte que no mide la trascendencia de las cuestiones para “decidir qué casos decidir”, obviamente debe resolverlas todas.

Ahora bien, ciertas cuestiones de derecho en las que la palabra de la Corte se transformará en doctrina legal imperante, quizás lleguen a sus estrados sin haber adquirido la maduración suficiente para ser dirimidas mediante un precedente de tal jerarquía. Dicha situación suele ser propicia para que los superiores tribunales, al no tener la seguridad necesaria sobre la conveniencia de cerrar una posición definitiva sobre el tema o no contar con consenso suficiente para sentar una doctrina sólida a su respecto, etc., se orienten a resolver la contienda enfatizando las particularidades de la misma.

Así, apelando a criterios individualizantes, se evita sentar doctrina o, al menos, se limitan los alcances de la misma como criterio para la resolución de futuros casos análogos. De este modo, se favorecen las técnicas de “*distinguishing*”¹¹⁹⁹, facilitándose así el apartamiento del precedente, sea por la Corte misma o por otros tribunales, al apuntocar primordialmente la decisión en las singularidades de la contienda.

¹¹⁹⁹ V., para el caso italiano, la prédica de TARUFFO, describiendo el modo en que –como fuera anticipado– la casación italiana se ubicó “en las antípodas del modelo ‘puro’ delineado y auspiciado por CALAMANDREI”. Entre las diversas manifestaciones de este fenómeno, apunta el autor a la técnica del *distinguishing* como mecanismo argumental destinado a evitar sentar un precedente: “... cuando la corte juzga teniendo en la mira la justa solución del caso concreto, tiende inevitablemente a modelar la interpretación de la norma sobre las peculiaridades del supuesto de hecho concreto, antes que a configurar interpretaciones destinadas a valer más allá de éste. Es decir, prevalecen criterios individualizantes, que buscan extraer de la norma aquello que sirve para resolver la cuestión específica, antes que criterios generales que reconduzcan el caso particular hacia una interpretación de la norma asumida como válida en línea general ... El problema es que de esa manera el rango de posible operatividad del pronunciamiento específico resulta severamente limitado. En efecto, es claro que mientras ella se modela sobre la particularidad del caso concreto es menos extensible a los casos análogos. La técnica del *distinguishing*, que sirve precisamente para evitar el precedente en los casos que se asumen ‘diversos’ respecto de aquel decidido, se torna fácil y de vasta aplicación” (TARUFFO, Michele, *El vértice* ..., ob. cit., pp. 157-158).

Sostenemos que dicha práctica no condice con la tendencia que debería asumir el máximo tribunal, si desea apuntar su función nomofiláctica a la resolución de casos que cumplan con el recaudo de la *repercusión general*.

En lo que aquí interesa, es de recordar nuevamente para que un caso satisfaga dicho elemento definitorio del recaudo de trascendencia (art. 31 bis, ley 5827), debe verificarse liminarmente que la doctrina que en el mismo se adopte, servirá para guiar la conducta de una parcela significativa de la ciudadanía o podrá ser tomada como paradigma a efectos de dar respuesta a controversias similares.

La Suprema Corte parece haber intuido históricamente que, entre sus funciones institucionales prioritarias, no se encuentra la revisión de la legitimidad del encuadre legal que los tribunales de grado realizan, de las circunstancias particulares de un caso concreto; especialmente, cuando las mismas sean difícilmente repetibles o parangonables en el futuro. Es dicha tendencia la que puede explicar (aunque seguramente no justificar), la utilización expansiva de la categoría de las “cuestiones de hecho”, para abstenerse de conocer -por regla- en temas que, en realidad, por su naturaleza, deberían ingresar lisa y llanamente dentro del elenco de causales del art. 279 del CPCC, como lo hemos visto previamente.

Pues bien, el instrumento con el que ahora cuenta el cuerpo cimero (art. 31 bis, ley 5827, conf. ley 13.812), al exigir la repercusión general de las cuestiones debatidas como condición para admitir los recursos extraordinarios respectivos, es una *oportunidad para revisar aquella tendencia plagada de reparos conceptuales*, aunque manteniendo en parte la ‘ratio’ en la que parece haberse inspirado: concentrar la *función nomofiláctica* de la Corte en la resolución de temas que permitan sentar *líneas de interpretación relevantes, útiles para dirimir casos análogos*.

De este modo, *la Corte no podrá ya sostener que se abstendrá de ingresar en el examen de la correcta o incorrecta aplicación de un concepto jurídico indeterminado* (como la presencia de “culpa de la víctima” para eximir de responsabilidad al dueño o guardián de una cosa; de “abuso” del derecho; de una injuria laboral o conyugal “grave”; de una expresión de agravios “insuficiente”; de un ejercicio “excesivo” de la legítima defensa civil; de un “aprovechamiento de la ligereza o inexperiencia del cocontratante”; de un “encubrimiento del carácter jurídico de un negocio bajo la apariencia de otro”, etc.) *por tratarse de “cuestiones de hecho ajenas –por regla- a su ámbito cognoscitivo”*.

En la reformulación que proponemos, dichos planteos tendrán que ser considerados como típicas cuestiones de derecho (art. 279, CPCBA); aunque, para penetrar la barrera de la trascendencia, deberá demostrarse su aptitud para generar precedentes relevantes, susceptibles de guiar a la comunidad o de influenciar la jurisprudencia del resto de los tribunales provinciales en la decisión de casos análogos.

Si cumplen dicho recaudo, los recursos serán admitidos y, a diferencia de lo que sucede al día de hoy, el estándar de revisión del máximo tribunal en cuanto al mérito de la impugnación será *pleno*, es decir, que no quedará limitado a hipótesis de excepción, en las que se deba demostrar que lo resuelto por el *a quo* constituye un error “palmario”, “ostensible”, “manifiesto”, etc. (absurdo). El planteo ingresará entonces dentro de los confines propios del remedio intentado y será evaluado como portador de una cuestión jurídica más, que *no requerirá nada “excepcional”*, sino simplemente el control de la correcta interpretación del ordenamiento y de la adecuada subsunción de los hechos del caso en el mismo.

Quedan así explicadas las diferencias teóricas y prácticas fundamentales entre la aproximación que proponemos y la que actualmente rige en la materia. Divergencias que no sólo apuntan a despejar académicamente el campo de acción de las categorías utilizadas en el ejercicio de la función nomofilática de la Corte (especialmente, la clasificación entre cuestiones de hecho y de derecho), sino a recuperar un ejercicio pleno de dicho rol, apuntado “hacia el futuro”.

d) La función uniformadora: “definición” y “respeto” de la doctrina legal.

En el campo de la función uniformadora, que históricamente –como fuera advertido (v. *supra*, ap. 3.1.c)- ha gozado de cierta preferencia dentro de las misiones institucionales de la SCBA, el recaudo de la repercusión general tiene un importante campo de acción como elemento definitorio de la “trascendencia” de un asunto.

Según se ha visto, las dos formas principales a través de las cuales el legislador ha exteriorizado dicha primacía del papel de prevención de inconsistencias jurisprudenciales, han apuntado en dos direcciones distintas.

En algunas oportunidades se ha orientado preponderantemente “hacia el pasado” procurando asegurar el *respeto de los precedentes de la Corte en los casos concretos llevados a su conocimiento*. Así, por ejemplo, en alguna ocasión ha favorecido la admisibilidad de

recursos en los que se cuestione el apartamiento de la doctrina legal de la SCBA, por parte de los tribunales inferiores (vg., la inexigibilidad de la *suma gravaminis* en el procedimiento laboral, conf. art. 55, ley 11.653)¹²⁰⁰. Dentro de la misma línea de acción, aunque con diversos alcances, desde 2008, con la segunda versión del ‘certiorari’ local, se facilita la pronta solución de casos en los que se detecte dicho apartamiento de la jurisprudencia del máximo tribunal, permitiendo a este cuerpo revocar cualquier sentencia que padezca dicho vicio, con mayor agilidad y en cualquier fase del trámite ante sus estrados.

Otra forma de potenciar la función uniformadora de la Corte, apunta en otra dirección, ya que mira preferentemente “al futuro”, siguiendo la terminología utilizada en los apartados precedentes. Esta variante tiene lugar cuando el legislador procura que el tribunal superior actúe prioritariamente para remediar inconsistencias jurisprudenciales actuales o potenciales de los órganos jurisdiccionales inferiores. Así, reiterando el ejemplo recordado oportunamente (*supra*, loc cit.), cuando el art. 31 bis de la ley 5827 permite a la Corte sortear excepcionalmente el recaudo del valor del litigio, si ello fuera indispensable para sentar doctrina legal sobre un tema de derecho sustancial. En esta inteligencia, se asigna *prelación* a la tarea de *sentar doctrina legal* por sobre la de *asegurar que la doctrina ya fijada, sea obedecida* por los restantes órganos de la jurisdicción respectiva.

Apenas se penetre en el funcionamiento de una y otra forma de actuación de la misión uniformadora de la casación, podrá advertirse que la primera tiende inmediatamente a custodiar el *ius litigatoris*. En efecto, cuando se revisa caso por caso si los tribunales inferiores han acatado una doctrina legal ya establecida, el interés que se salvaguarda prioritariamente es el de la parte afectada, que busca, mediante el recurso extraordinario, que “su” caso sea tratado del mismo modo que aquél que motivara el *leading case*. Sin embargo, al resolver de ese modo, dejando sin efecto en cada caso las sentencias que se apartan de su jurisprudencia, la Corte no está agregando ningún dato

¹²⁰⁰ En el derecho comparado, una manifestación de esta primera variante de preferencia del rol uniformador de los superiores tribunales, puede verse en la previsión del art. 543-A, § 3° del CPC brasileño (conf. ley 11.418 [2006]), que consagra una *presunción ‘iure et de iure’ de repercusión general* de los casos en los que se haya infringido una sumula o jurisprudencia dominante del Supremo Tribunal Federal.

relevante para la solución de casos ulteriores, ni está enseñando nuevos caminos para guiar la conducta de una porción relevante de la sociedad¹²⁰¹.

No se nos escapa que, de modo mediato, la tarea de custodiar “caso por caso” la observancia de la doctrina legal, puede tener una repercusión adicional al mejorar la influencia efectiva que la jurisprudencia de la Corte adopta en nuestro medio. En efecto, cuando un tribunal inferior descuenta que su desempeño en la interpretación y aplicación de los precedentes de la Corte será siempre controlada por ésta, tendrá un aliciente más para seguir dicha jurisprudencia. Y, en paralelo, cuando un juez de grado sabe que el alto cuerpo no controlará el respeto de su doctrina legal, podrá verse tentado a apartarse de la misma.

Sin embargo, esta observación no desmiente lo sostenido previamente, en el sentido que tal forma de inspección “*case by case*” del respeto que los tribunales inferiores le predicán a la doctrina de la Corte, hace foco principalmente en el interés de las partes, a quienes el ordenamiento procura tratar de modo igualitario. El reparo del que nos hemos hecho cargo, en todo caso, permite aclarar que la primacía del *ius litigatoris* en esta línea de actuación de la función uniformadora, no significa exclusividad. Es decir, que sólo *mediatamente* la custodia del interés de cada uno de los afectados por el desconocimiento de la doctrina legal de la Corte, es capaz de generar cierta tendencia “macro” en los tribunales de grado a respetar dichos precedentes. Pero lo que predomina en estos casos sigue siendo la tarea de inspección *stricto sensu* del acatamiento de la doctrina en cada caso concreto, es decir: la función de garantía de la parte agraviada¹²⁰².

¹²⁰¹ Hemos anticipado esta posición al inicio de la investigación, al expedimos sobre la necesidad de fortalecer la jurisprudencia de los superiores tribunales como instrumento adicional para descargar la agenda de dichos cuerpos y concentrarla en tópicos de mayor envergadura institucional (v. *supra*, capítulo primero, par. VI, ap. 4).

¹²⁰² En contra, aunque para el derecho brasileño, parece pronunciarse DANTAS, quien entiende que en la función uniformadora está involucrado el principio de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, valores primordialmente asociados al *ius constitutionis*. Afirma en tal sentido el autor: “Según nos parece, el fin último de la función uniformadora de los recursos ante los tribunales de cúpula es la igualdad ante la ley. De esa comprensión, sin embargo, no se deriva la conclusión de que tales recursos se prestan a la defensa del interés de las partes procesales (*ius litigatoris*) ... cuando el centro de gravedad de ese tipo de recursos está situado en la defensa de los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica, entendida como previsibilidad, el interés primario que se privilegia, aunque indirectamente, es el que tiene el Estado en la pacificación social y en su propia legitimación democrática”, concluyendo, con cita de Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, que “en el mantenimiento de la uniformidad de la jurisprudencia está implicado, en definitiva, el *ius constitutionis*” (DANTAS, Bruno, *Repercussão geral...*, ob cit., pp. 63-64 [traducción libre]).

Según lo explicamos en el texto, a nuestro juicio la función uniformadora puede ser enfocada prioritariamente en el *ius constitutionis* o en el *ius litigatoris*, según que, respectivamente, se haga incapié en la

Aplicando tales premisas a la conceptualización utilizada en esta investigación, podemos concluir que, en esta primera manifestación del rol uniformador de la casación, no se advierte, por regla, la presencia de hipótesis de repercusión general que permitan calificar a este tipo de cuestiones como “trascendentes”.

La segunda de las modalidades aludidas de preferencia legislativa de la función uniformadora, en cambio, posee calidades diferenciadas en cuanto a la repercusión general, ya que busca potenciar la actuación de la Corte como órgano de producción de precedentes relevantes para la resolución de casos análogos.

En la sistemática que venimos utilizando, esta variante de uniformación se muestra más orientada hacia “el futuro”, dado que se interesa fundamentalmente por la elaboración de una doctrina legal útil para guiar las relaciones humanas y prevenir inconsistencias jurisprudenciales. Se prioriza entonces la tarea de creación de precedentes que puedan repercutir directamente como norte para la decisión de controversias limilares, por sobre la de control de los precedentes ya creados.

Las características y particularidades del caso, que –como fuera aclarado- nunca son abandonadas (sea cual fuere la tendencia que adopte el superior tribunal), son tomadas en este supuesto como datos relevantes para desarrollar dicha tarea de producción normativa. Interesan básicamente como componentes inescindibles de la interpretación que se postula y como antecedentes necesarios para analizar la aplicabilidad del precedente en el futuro. Pero, lo repetimos, el interés *predominante* en esta hipótesis, no recae sobre la solución justa de la controversia para las partes, sino sobre la producción de una doctrina legal clara y consistente, a la que puedan acudir los operadores jurídicos para dirimir asuntos de similar tenor.

Es por ello que esta segunda orientación de la casación en clave uniformadora, cuenta en general con las notas necesarias para superar el valladar de la trascendencia (art. 31 bis, ley 5827), por satisfacer no sólo el recaudo de la “pertinencia institucional”, sino particularmente el de la “repercusión general”.

tarea de fijar una doctrina legal útil para resolver casos análogos, prevenir inconsistencias y aportar a la seguridad jurídica; o, por el contrario, se procure fundamentalmente remediar caso por caso el apartamiento de la jurisprudencia de los superiores tribunales. Es decir, que *no siempre* en el ejercicio de dicha función uniformadora predominará una actividad dotada de repercusión general.

Cabe señalar, de todos modos, que en Brasil –como fuera adelantado- la ley determina como motivo taxativo de repercusión general el apartamiento de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (art. 543-A, § 3° del CPC brasileño (conf. ley 11.418 [2006]), por lo que el análisis que desarrollamos en el texto carecería de apoyo (*de lege lata*) en un sistema como el diseñado en el país vecino.

Tan fuerte es la presencia de estas cualidades en los casos en los que resulta necesario poner fin a conflictos jurisprudenciales actuales o esperables, que el legislador, como vimos, ha transformado a esta variante de uniformación, en uno de los más significativos supuestos de aplicación del ‘certiorari’ positivo ¹²⁰³. Cuando fuera necesario sentar doctrina sobre una cuestión de derecho sustancial, la Corte está habilitada a conocer excepcionalmente de un asunto sin importar la cuantía del litigio, colocando así a esta variante de actuación uniformadora (mirada “al futuro”), a la par de los casos de “gravedad institucional” o “notorio interés público”¹²⁰⁴.

e) *Función axiológica y custodia del ‘ius litigatoris’: Criterio de verosimilitud fáctica y jurídica (remisión).*

Hemos abordado oportunamente los alcances de la llamada función axiológica de la Suprema Corte y, especialmente, el modo en que la misma (al igual que cualquier otra hipótesis de actuación de dicho cuerpo en la que predomine la tutela del *ius litigatoris*), quedan parados frente al estándar de la trascendencia art. 31 bis de la ley 5827 (v. *supra*, par. IV ap. 4.7.e] y h], en sintonía con lo explicado para el ‘certiorari’ nacional –art. 280, CPCN- en el capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.4.i]).

Concluimos allí que para ejercitar adecuadamente su potestad discrecional de admisión en casos que no trasciendan más allá de las partes en litigio (vg., para remediar errores en la aplicación de la ley que carezcan de repercusión general o graves desatinos en el juicio de hecho –absurdo-), los parámetros predominantes a los que la SCBA debe acudir son: i) el de la *verosimilitud del planteo impugnativo* ii) el de la *necesidad* de resolver una “cuestión” irrelevante, como paso previo para expedirse en un “caso” trascendente. En el primer caso, sólo sería posible abrir las compuertas de la casación para el abordaje de recursos que luzcan *prima facie* luzcan fundados o que posean una razonable

¹²⁰³ V. en tal sentido, los precedentes “Arriaga” e “Isla”, examinados en el capítulo destinado a la explicación del ‘certiorari’ positivo local (v. *supra*, par. IV, esp. ap. 7.2.b).

¹²⁰⁴ Casi ocioso es destacar que, el hecho de que no se presente una de las hipótesis señaladas en el texto, digna de motivar el uso del llamado ‘certiorari’ positivo, no significa que el caso se transforme automáticamente en “intrascendente”. Así, por ejemplo, en los supuestos en los que fuera necesario dejar establecido el criterio del máximo tribunal sobre cuestiones de derecho procesal (que no están incluidas en las hipótesis excepcionales a las que alude el art. 31 bis, 4° párrafo), el asunto llevado ante la Corte podría ser considerado trascendente (por cumplir con las notas de pertinencia institucional y repercusión general), aunque no sería idóneo para justificar la aplicación del ‘certiorari’ positivo. Es decir, que, a los efectos prácticos, el caso sólo podrá ser admitido si, además de la trascendencia que demuestra, cumpliera con el recaudo de la *suma gravaminis* (art. 278, CPCC).

probabilidad de ser acogidos. En el segundo, se utiliza la discrecionalidad para evitar que una discusión jurídicamente significativa no quede postergada por depender de una definición previa sobre un tema intrascendente (vg., una cuestión de hecho que condicione la posibilidad de pronunciarse en un debate constitucional de importancia pública general).

Son dicho criterio de selección los que, según fuera explicado, permitirían al máximo tribunal local abordar cuestiones carentes de repercusión general, respetando - en paralelo- los postulados de coherencia e igualdad de trato, por un lado, y de eficiencia en la administración de sus recursos, por el otro.

Remitimos sobre el punto al desarrollo contenido en los lugares preindicados, para evitar repeticiones innecesarias, acoplando a continuación un nuevo estándar que podría ser utilizado para el abordaje de cuestiones de este género.

f) Función axiológica y custodia del ‘ius litigatoris’ (cont.): criterio de la revisión de cuestiones carentes de repercusión general, necesarias para resolver un problema de derecho trascendente. Las ‘cuestiones’ intrascendentes necesarias para resolver un ‘caso’ trascendente.

Corresponde ahondar sobre un criterio adicional, también asociado al modo en que la SCBA puede ejercitar sus potestades de selección discrecional para entender en cuestiones carentes de repercusión general (y, por ende, intrascendentes en los términos del art. 31 de la ley 5827).

En el apartado previo hemos recordado que el parámetro predominante para juzgar la admisibilidad de este tipo de tópicos es el de la verosimilitud o probabilidad de éxito del recurso extraordinario. Complementaremos dicho criterio con otra pauta, ya anticipada (*supra*, par. IV, ap. 4.7.h), que se pone especialmente en juego *cuando se plantean “cuestiones” intrascendentes en “casos” trascendentes.*

Ha sido destacado oportunamente que el art. 31 bis de la ley 5827, al igual que el art. 280 del CPCN en el ámbito del recurso extraordinario federal, no se refiere a la trascendencia de los *casos* sino a la de las *cuestiones* llevadas ante los estrados de los superiores tribunales, como parámetro de admisión de los recursos extraordinarios. Es decir, que puede perfectamente presentarse una discusión carente de pertinencia institucional o de repercusión general en una causa verdaderamente trascendente (por ejemplo, la aplicación de sanciones a un síndico en la quiebra de la aerolínea de

bandera; la regulación de honorarios o imposición de costas, en un conflicto ambiental que pone en juego la subsistencia de recursos naturales fundamentales o estratégicos, etc.). En estas hipótesis, la impugnación no superará la barrera establecida en los citados preceptos adjetivos.

Ahora bien, es posible imaginar una variante dentro de este tipo de situaciones (*cuestiones* intrascendentes planteadas en *casos* trascendentes), en la que el ejercicio de la discrecionalidad analizada, encuentre otro campo razonable y equilibrado de acción, complementario del criterio de la verosimilitud de la queja, al que antes nos hemos abocado. Nos referimos a las hipótesis en las que resolver una cuestión intrascendente sea imprescindible para expedirse sobre el mérito de un caso relevante.

Algunos ejemplos pueden ser útiles para que se comprenda el concepto aludido.

Acudamos a un supuesto ya utilizado en esta investigación, como es el debate sobre la constitucionalidad de la prohibición de abortar, articulado por una persona que entiende que la criminalización de dicho tipo de conductas es una medida que limita irrazonablemente el marco de libertad que la mujer debe tener sobre su cuerpo. O, en contrapartida, un caso en el que, desde la perspectiva opuesta, se cuestione la validez supralegal de las hipótesis de aborto no punible (que permiten interrumpir la gestación del feto frente a determinadas circunstancias especiales), por entenderse que tales previsiones alteran el derecho a la vida de la persona por nacer.

Ambos casos plantearían en nuestro país (como en tantos otros), profundos dilemas de interpretación constitucional de cuya solución, directa o indirectamente, quedarán sentadas guías de conducta para la ciudadanía y criterios fundamentales para la resolución de casos análogos por los restantes tribunales de la jurisdicción respectiva. Los casos tendrían así pertinencia institucional y repercusión general (ergo: serían trascendentes).

Ahora bien, puede suceder que el modo en que los mismos sean resueltos en las instancias inferiores, condicione la posibilidad de ingresar en el núcleo del problema constitucional respectivo. Así, por ejemplo, si en el segundo de los ejemplos aludidos (debate sobre la validez supralegal de las hipótesis en las que el aborto está consentido por el ordenamiento fondal), se considerara que no ha sido probado el “riesgo para la salud o la vida de la madre”, que justifiquen la aplicación del art. 86, *in fine* del Código Penal. O si se considerara que el recurso de apelación deducido ante los jueces de grado

fue insuficientemente fundado y, por ello, se confirmara la sentencia sin pronunciamiento alguno sobre el mérito del asunto.

En tales supuestos, obviamente, para que la Corte se pueda expedir sobre el conflicto constitucional entre el citado precepto penal (que considera lícita la interrupción del embarazo en tal hipótesis) y los arts. 33 de la Constitución Nacional¹²⁰⁵ y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y ccs. (que protegen el derecho a la vida, “en general, desde la concepción”), debe resolverse previamente si se dan los presupuestos fácticos para la aplicación del art. 86 del ordenamiento penal o si la crítica deducida ante la instancia de grado sobre la valoración de la prueba respectiva fue “concreta y razonada”, en los términos del art. 260 del CPC.

Si la Cámara *a quo* entendiera que tales elementos no han sido suficientemente acreditados en la especie o declarara desierta la apelación deducida, el debate constitucional quedaría lógicamente desplazado, a menos que se revean las referidas cuestiones de valoración de la prueba o de interpretación de los escritos procesales. Puede así advertirse que, casos de este tipo, es posible que las *cuestiones* intrascendentes (ajenas a la función revisora de un tribunal superior) articuladas en *casos* trascendentes, puedan sortear el valladar establecido en el art. 31 bis de la ley 5827 (o, *mutatis mutandi*, en el art. 280 del CPCN), por resultar imprescindible resolver las primeras, para expedirse sobre el mérito de la controversia.

Se aporta así un parámetro adicional al de la verosimilitud de la impugnación, que también resulta idóneo para justificar un ejercicio sano y rendidor de la única potestad verdaderamente discrecional que los preceptos estudiados confieren a los superiores tribunales: la de admitir remedios en los que se articulen “cuestiones intrascendentes”.

¹²⁰⁵ No se nos oculta que la Corte Suprema ha señalado reiteradamente que el derecho a la vida, “más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él” (CSN, “Fallos” 33:1339 [2000]; 329:1638, 2252 y 4918 [2006]; 331:453 [2008], etc.). Con lo que dicha prerrogativa básica del ser humano, no incluida en la parte dogmática de la Constitución hasta la incorporación, en 1994, de la Convención Americana de Derechos Humanos como parte integrante de la misma (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), antes que encuadrar en el art. 33 de la Ley Suprema, debería considerarse como condición para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales.

La cita normativa del texto, sin embargo, es útil para describir el marco positivo del debate constitucional de referencia, independientemente de la precisión que formula la Corte distinguiendo los derechos implícitos como instituciones diversas a los derechos no enumerados “que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (art. 33, Const. Nac.).

De alguna manera la Corte Suprema de la Nación, en el ejercicio de su competencia apelada, ha avizorado esta variante de selección, tiempo antes incluso de la incorporación del ‘certiorari’. Nos referimos al criterio según el cual dicho cuerpo decide revisar la totalidad de los temas resueltos por el tribunal inferior, frente a la denuncia de causales de arbitrariedad que sean *inescindibles* de las cuestiones federales más tradicionales (vg., inteligencia de la Constitución Nacional, tratados internacionales o leyes federales *stricto sensu*) también presentes en la litis¹²⁰⁶.

También puede encontrarse implícitamente receptado este criterio en algunos precedentes emanados de la Corte federal, en los que se advierte la admisión y resolución de cuestiones intrascendentes de las que dependiera un pronunciamiento de mérito sobre temas relevantes. Valga como ejemplo el pronunciamiento del máximo tribunal en el caso “Yapur”¹²⁰⁷, en el que la CSN dejó sin efecto una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que había rechazado un recurso oportunamente deducido ante sus estrados, por resultar técnicamente insuficiente (la pieza impugnativa padecía de promiscuidad en la fundamentación). El alto tribunal federal ingresó en el caso y consideró –en resumidas cuentas- que pese a tratarse de una cuestión procesal (local) ajena a su competencia apelada, la sentencia resultaba arbitraria, por haber incurrido en un exceso ritual manifiesto. Para saber por qué la Corte decidió ingresar allí y no en la inmensidad de asuntos que llegan a su sede con una problemática similar (cuestionamiento de la aplicación de la doctrina de la “promiscuidad recursiva” por el superior tribunal provincial -v. *supra*, par. IV, ap. 4.3-), es necesario penetrar en los antecedentes de la controversia. Al indagar sobre la calidad de los derechos en juego, se aprecia que en el caso se discutía una delicada problemática constitucional, como es el cuestionamiento de la decisión que, con fundamento en la identidad de sexos entre el solicitante y el causante, había denegado al peticionante la pensión reclamada. Siendo ello así, siguiendo la lógica explicada en el texto, era necesario resolver una *cuestión* “intrascendente” (presunta arbitrariedad en la valoración de la insuficiencia del recurso extraordinario local) para dar solución a un *caso*

¹²⁰⁶ V. CSN, “Fallos” 307:1824 [1985]; 329:5944 [2006]; 330:855, 2180; 2347, 3471 y 4331 [2007]; 331:1040 [2008], entre otras.

¹²⁰⁷ CSN, “Fallos” 332:1616 [2009].

trascendente (constitucionalidad de un régimen previsional local que discrimina a los beneficiarios por razones de elección sexual).

No puede encontrarse una línea homóloga en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, a través de la cual –por ejemplo- se considere que las cuestiones de hecho inescindiblemente vinculadas con la interpretación de una ley, deban ser analizadas conjuntamente con la revisión de esta última. De todos modos, ello no es óbice para que, siguiendo las premisas desarrolladas en este apartado, la Corte avance por este camino, utilizando este tipo de pautas como referencia adicional para seleccionar cuáles de los recursos que portan cuestiones intrascendentes, superarán igualmente el filtro previsto en el art. 31 bis de la LOPJ.

VI. OTRAS PROPUESTAS DE REFORMA PARA UN MEJOR FUNCIONAMIENTO DE LA CASACIÓN EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

1) Necesidad de exteriorizar los parámetros para juzgar la trascendencia de las cuestiones en los términos del art. 31 de la ley 5827.

Un aspecto fundamental en el desenvolvimiento del estándar de trascendencia utilizado por el art. 31 bis de la ley 5827 como recaudo de admisibilidad de los recursos extraordinarios locales, es la identificación de los criterios con los que dicho cuerpo decidirá qué asuntos serán dignos de obtener un pronunciamiento de mérito.

Como fuera reiteradamente explicado en el curso de esta investigación, el máximo tribunal bonaerense recién ha comenzado a dar sus primeros pasos en el uso del instrumento más innovador incorporado en el citado precepto legal a partir de la reforma de 2008 (ley 13.812), como es la potestad de decidir qué casos decidir teniendo en cuenta la relevancia de las cuestiones llevadas a sus estrados. Frente a la ausencia de indicadores suficientes en la jurisprudencia de la Corte sobre el punto, hemos dedicado el núcleo de este trabajo a la búsqueda de parámetros que sirvan para atenuar el riesgo de arbitrariedades en el ejercicio de dicho poder de selección.

Es que, como fuera expresado previamente, la ausencia de criterios explícitos que permitan anticipar el modo en que la Corte ejercerá dicha atribución, puede fomentar la incorrecta convicción en los operadores del sistema de que no existen principios ni reglas a seguir para juzgar la trascendencia de un asunto, más que una mera intuición

espontánea o cualquier otra sensación irracional inmediatamente posterior a la lectura del recurso.

Ha sido correcta, por ello, la decisión del alto cuerpo provincial, de abstenerse de utilizar el estándar de trascendencia como un mero resorte mecánico de descongestión, sin darle a la comunidad la oportunidad evaluar qué parámetros son utilizados en dicha faena. Haberse lanzado a aplicar este dispositivo, sin una hoja de ruta determinada y pública, hubiera implicado imitar uno de los más claros errores que caracterizó a la implementación del ‘certiorari’ a nivel nacional (art. 280, CPCN).

Si buscara invertir el foco de atención, aplicando primordialmente el ‘certiorari’ a la consecución de su finalidad más elevada (la de coadyuvar a que la Corte concentre sus esfuerzos en sus funciones más eminentes), dicho tribunal se enfrentará –como vimos- a la necesidad de repensar con detenimiento el papel institucional que está llamado a cumplir a esta altura de su historia. Y, al perfeccionar dicha delicada tarea de introspección, estará en condiciones de evaluar el modo en el que el art. 31 bis de la LOPJ puede servir a tales cometidos. El eje de esta obra, repetimos, ha sido dedicado a dicha composición teleológica.

En lo que interesa a este apartado, corresponde resaltar una vez más la importancia de que dicho trabajo de sistematización relativo al ejercicio del poder de selección, no quede confinado al fuero interno del máximo tribunal; es decir, que no se agote en un *corpus* de meditaciones ocultas, impermeable a un análisis ilustrado de la comunidad.

Siendo que el legislador no ha definido los contornos de aquello que corresponde considerar “trascendente”, la Corte puede exponer los criterios que definen dicha noción por diversos caminos:

a) Expedirse al respecto mediante una *acordada reglamentaria*, en ejercicio de las potestades que le confiere el ordenamiento procesal civil, para asegurar el mejor cumplimiento de sus disposiciones (art. 834, CPCC)¹²⁰⁸.

¹²⁰⁸ En materia penal, las potestades reglamentarias asignadas a la SCBA son más moderadas, limitándose, en el ámbito de los recursos extraordinarios, a regular el *trámite* de los embates deducidos ante sus estrados, luego de que los mismos hayan sido admitidos. Así lo dispone el art. 487, CPPBA: “El *trámite* de los recursos extraordinarios, *una vez admitidos* los mismos por la Suprema Corte, lo determinará el reglamento que ella dicte con arreglo a la Constitución de la Provincia y a este Código”. Quedaría así fuera de dicha atribución reglamentaria de la Corte, la definición de aspectos previos o concomitantes al estudio de admisibilidad, como el que se aborda en el texto.

No se nos escapa que el art. 834 del CPCBA sólo autoriza a la Corte a reglamentar las previsiones de dicho ordenamiento¹²⁰⁹, lo que –en una interpretación restringida del precepto- impediría utilizar este tipo de fuentes para precisar los alcances de normas que son ajenas a ese cuerpo legal, como la que se refiere al ‘certiorari’ local, incorporada –como hemos visto- en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Entendemos, sin embargo, que no cabe descartar la aplicabilidad del citado art. 834 para justificar la intervención de la Corte en este campo. Ello así, dado que, por su contenido, una norma del género puede ser considerada como reglamentaria del art. 281 del mismo cuerpo legal que, al regular el examen de admisibilidad de los recursos extraordinarios, impone a la SCBA verificar la presencia de los recaudos previstos en el Código y en las “demás prescripciones legales” (inc. 3), entre las que puede contarse el art. 31 bis de la ley 5827.

b) Otra modalidad a través de la cual la Corte podría explicitar los criterios que tendrá en cuenta para juzgar la trascendencia de los recursos extraordinarios, es el dictado de una acordada de “autolimitación” de funciones no reglamentaria, por la que el tribunal cimero exteriorice su vocación de circunscribir, en pautas más tangibles y definidas, las potestades de selección que el legislador ampliamente le ofrece.

No debe ser subestimada la diferencia entre esta última alternativa (acordada de “autolimitación”) y la primera de las explicadas (acordada reglamentaria). La norma reglamentaria, una vez dictada, no podría ser obviada en el futuro por la Corte ni por ninguno de sus integrantes, por más que alguno de ellos no hubiera estado de acuerdo con los parámetros aludidos, salvo que se predicara su inconstitucionalidad (vg., por exceder el marco reglamentario aludido o por fijarse criterios de selección irrazonables, discriminatorios, etc.). Un apartamiento de tales previsiones, apoyado –por ejemplo- en la ausencia de criterios definidos por el legislador o en la “soberanía” de la Corte para resolver en cada caso si las cuestiones articuladas son o no trascendentes, importaría desconocer el ordenamiento vigente en la materia.

La acordada de autolimitación, al no asumir el rol de fuente formal de derecho, constituiría una guía a la que los jueces de la Corte se atenderían, pero por razones

Sin perjuicio de ello, debe advertirse que el art. 5 del CPPBA autoriza a la Corte, con carácter general, a dictar las *normas prácticas* que sean necesarias para la aplicación de dicho ordenamiento.

¹²⁰⁹ Reza el art. 834 del CPCBA: “Medidas reglamentarias. La Suprema Corte de Justicia queda facultada para dictar las medidas reglamentarias que aseguren el mejor cumplimiento de las *normas de este cuerpo legal*”.

diversas al apego compulsivo que se debe a una norma reglamentaria. Aunque se trate de motivos ciertamente eficaces para respetar la palabra asumida (como el de abstenerse de contradecir sus actos previos o privilegiar la transparencia en la decisión de admisibilidad), la vinculatoriedad de una acordada de autolimitación no reglamentaria, como acto institucional declarativo, sería indudablemente más débil que la primera de las opciones estudiadas.

Por otra parte, los ministros de la Corte que no suscriban una declaración de este tipo (por ejemplo, por no compartir el tenor de los criterios utilizados para autolimitar la amplitud que le acuerda la ley para decidir qué casos decidir), podrían libremente apartarse en cada caso de tales directrices de actuación, considerando que las mismas carecen de efectos vinculantes a su respecto, por no gozar de la naturaleza reglamentaria antes aludida¹²¹⁰.

c) Otra forma en la que el máximo tribunal podría dejar expresados los patrones que aplicará en la selección de causas, es el dictado de un pronunciamiento concreto en el que se desarrollen *in extenso* tales parámetros de interpretación del art. 31 bis de la LOPJ.

Un fallo de estas características podría servir de *leading case* al que, tanto las partes como la Corte, puedan acudir para evaluar la trascendencia de los asuntos que buscan penetrar la barrera de admisión estudiada.

Cualquiera sea el camino a seguir en la materia, la exteriorización de los criterios generales que guiarán al máximo tribunal en esta fase fundamental del juicio de admisibilidad, constituirá un paso indispensable para dotar de razonabilidad y transparencia al ‘certiorari’ local.

Por más que, en su formulación, no pueda obviarse alguna dosis de indeterminación (ya vimos, por ejemplo, las dificultades que ocasiona la elucidación de nociones cardinales para la definición de la trascendencia, como la “repercusión general”), la divulgación de tales pautas constituye el *precio mínimo a pagar por la posibilidad de resolver la admisibilidad de un recurso extraordinario, sin necesidad de motivar sustancialmente el decisorio respectivo*. De este modo, se atenúa el riesgo de arbitrariedades en el ejercicio de

¹²¹⁰ Analizamos en el texto una hipótesis que en la práctica podría presentarse, como es la posibilidad de “abstenciones” o “disidencias” en esta clase de acordadas. Sin embargo, es casi ocioso destacar la importancia de que previsiones de este género, cualquiera sea la naturaleza que adopten, sean el fruto de un consenso unánime de los integrantes de la Suprema Corte.

este amplio poder, al proporcionarse instrumentos de control del modo en que la selección tiene lugar.

Por otra parte, al estar las partes en conocimiento de los estándares explicitados por la Corte, estarán en mejores condiciones de pronosticar la suerte de la impugnación que planean deducir, lo que, en paralelo, coadyuvará a la *descongestión* de los superiores tribunales. Ello así, dado que, no conociéndose con exactitud las razones por las que la Corte decide la trascendencia de un asunto (como ocurre, por ejemplo, en el ámbito federal, con la praxis del art. 280 del CPCN), cualquiera puede verse tentado a “probar suerte” ante sus estrados, ya que –desde afuera- el manejo del dispositivo termina dejando la impresión vulgar de que la admisión del recurso depende exclusivamente del azar o, en el mejor de los casos, de persuasiones meramente intuitivas susceptibles de ser sensibilizadas con una retórica más o menos hábil.

Es decir, que la difusión de los criterios utilizados en la tarea de selección, no sólo servirá para fomentar la transparencia y razonabilidad en el uso del ‘certiorari’, sino que tendrá un impacto adicional en la descongestión del alto cuerpo, alimentando el *self restraint* de quienes saben –a partir de la interpretación anticipada por la Corte- que la admisión de su recurso no depende del destino, sino de la demostración de ciertos estándares o circunstancias especiales (vg., las contradicciones jurisprudenciales en los tribunales de grado, la necesidad de fijar doctrina legal sobre un tópico de derecho, etc.).

2) Modificaciones de trámite.

Otros aspectos más vinculados al trámite de los recursos extraordinarios, pueden permitir un manejo más adecuado de las categorías examinadas en esta investigación.

a) Sustanciación de los REX previa a la concesión y elevación

Una de las reformas que entendemos necesarias para un mejor funcionamiento de la casación en la Provincia de Buenos Aires, se refiere a la oportunidad en la que se sustancian los recursos extraordinarios.

Al día de la fecha, la parte recurrida no tiene oportunidad de ser escuchada en el trámite impugnativo, sino hasta el dictado de la providencia de autos (arts. 283,

CPCBA). Al ser notificada dicha resolución, cada parte podrá presentar una memoria “relativa a su recurso o al interpuesto por la contraria” (art. 284, ord. cit.).

Es decir, que la parte contraria a la que interpuso el embate no tiene participación alguna en la primera fase del *iter* procesal, que tiene lugar ante el *a quo* (interposición fundada y concesión), ni tampoco es escuchada su voz al producirse el primer análisis de admisión que, en la praxis, lleva adelante la Suprema Corte apenas ingresan los autos a su sede. En la actualidad, con la introducción del ‘certiorari’ y el incremento significativo de su utilización para desestimar recursos insuficientes, carentes de recaudos esenciales o portadores de cuestiones resueltas en casos análogos, tampoco se ha postulado la modificación del trámite para perfeccionar la oportunidad en la que se hace efectivo el principio de contradicción en esta instancia.

Históricamente, el trámite se ha desarrollado de este modo en la casación bonaerense, sin que se haya advertido en dicho diseño una vulneración del principio de bilateralidad (art. 18, Const. Nac.). En gran medida, dicha tolerancia tiene que ver con la tradicional concepción según la cual el *ad quem* es el “juez final de la admisibilidad del recurso” y que las partes no pueden disponer acerca de la exigibilidad de dichos recaudos esenciales. Es decir, en sintética formulación, que la Corte no necesitaría oír a las partes acerca de la admisibilidad del recurso, porque se trata de una materia de orden público, en la que no se encuentra atada a lo manifestado por aquéllas¹²¹¹.

No compartimos este entendimiento (que, vale aclararlo, nunca fue explicitado abiertamente como la *ratio* del sistema analizado).

La circunstancia de que una cuestión sea de orden público e indisponible para las partes, no es óbice a que estas últimas deban ser escuchadas como recaudo necesario para el desarrollo válido de una fase del proceso como la que aquí se examina. Varios ordenamientos vienen sancionando previsiones tendientes a aclarar esta noción, procurando evitar la confusión de creer que la “soberanía” de los jueces en temas de

¹²¹¹ La Suprema Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que, como “único juez del recurso”, está facultada para constatar sus recaudos de admisibilidad sin estar atada a lo decidido en las instancias anteriores o a lo convenido por las partes (SCBA, Ac. 44.745, “Banco Comercial de Tandil”, sent. del 5-XI-1991; Ac. 85.958, “M., J.”, res. del 12-II-2003).

orden público les permite pronunciarse a su respecto sin necesidad de escuchar a los interesados¹²¹².

Hemos examinado este problema al analizar la hipótesis más clara en la que, aplicar el ‘certiorari’ en la fase liminar del trámite ante la Corte sin oír a la contraparte, importaría una vulneración flagrante de la garantía del debido proceso. Nos referimos al supuesto en el que se aplica el art. 31 bis de la ley 5827 para *hacer lugar* a recursos en los que se plantean cuestiones resueltas en casos análogos. Acoger el embate en estas condiciones, privando al litigante victorioso en la instancia anterior del derecho reconocido por el fallo en crisis, sin haberle dado oportunidad de ser oído ante el máximo tribunal, coloca al resorte de marras en conflicto abierto con el postulado emanado del art. 18 de la Constitución Nacional¹²¹³. Remitimos a lo expresado en dicha oportunidad para evitar reiteraciones ociosas sobre este punto (v. *supra*, par. IV, ap. 2¹²¹⁴).

No se nos escapa que en muchas oportunidades, la parte recurrida carece de agravio definitivo pese a haberse resuelto acerca de la admisibilidad del embate sin tener oportunidad de ser oída. Ello ocurre especialmente cuando el resultado del ‘certiorari’ fuera la *desestimación* del remedio intentado. Ello no obsta, sin embargo, a que sigamos pregonando la necesidad de modificar el ordenamiento para permitir que la parte contraria a la que impunga, sea escuchada inmediatamente después de la interposición

¹²¹² Por ejemplo, en Francia, uno de derivados del principio de contradicción contemplado expresamente en la parte inicial del Código Procesal Civil CPC, impone al juez el deber de oír a las partes antes de resolver, aun cuando se trate de cuestiones que él puede relevar de oficio. Así lo dispone el art. 16 del CPC francés: “El juez debe, en cualquier circunstancia, hacer observar y observar el mismo el principio de contradicción ... Él no puede fundar su decisión sobre cuestiones de derecho que hubiera relevado de oficio, sin haber previamente invitado a las partes a presentar sus observaciones”.

En Brasil, una de las novedades introducidas por el Proyecto de *Código de Proceso Civil*, al que oportunamente hiciéramos referencia, es la incorporación explícita de la regla según la cual la circunstancia de que el juez se enfrente a una materia de orden público no es óbice a la vigencia plena del *principio contradictorio*. Así lo dispone el art. 10 del texto proyectado: “El juez no puede decidir, en ningún grado de jurisdicción, con base en un argumento respecto del cual no se hubiera dado a las partes oportunidad de manifestarse, por más que se trate de una materia sobre la cual tenga que decidir de oficio”.

¹²¹³ Algo parecido ocurre, en la actualidad, con el trámite del recurso de queja, en el que –como fuera anticipado (v. *supra*, par. IV, ap. 2.2)]- la Corte resuelve sin sustanciación previa acerca de la admisibilidad del embate, generando efectos preclusivos sobre la posibilidad ulterior de revisar lo decidido. La ausencia de intervención de la recurrida en esta fase del trámite también conspira contra la garantía establecida en el art. 18 de la Const. Nac., cuando la decisión del máximo tribunal termina declarando “mal denegado” el embate, impidiendo a la parte perjudicada por dicha declaración de admisibilidad, expresar su parecer sobre el cumplimiento de tales recaudos formales del recurso extraordinario.

¹²¹⁴ V. asimismo par. IV, ap. 2.2, en el que explicamos la necesidad de atenuar el efecto preclusivo de las decisiones positivas y expresas sobre admisibilidad de los recursos extraordinarios, como consunción del citado inconveniente del trámite vigente ante la Corte.

del recurso extraordinario. Ninguna de las previsiones que contemplan la necesidad de oír previamente a los litigantes antes de decidir sobre un punto controvertido depende, en su efectividad, del resultado final de la cuestión, que obviamente se desconoce antes de escuchar a las posiciones en conflicto. Es por ello que la regla de la contradicción previa a cualquier análisis de admisión del recurso, debería ser establecida con carácter general.

La reforma que postulamos, en definitiva, tiende a mejorar sustancialmente la fase de admisión del recurso extraordinario desde diversas perspectivas. Principalmente, al asegurar la contradicción en todos los casos llevados ante los estrados de la Corte, ésta se encontrará en mejores condiciones de desplegar cualquiera de sus posibilidades decisorias (vg., acoger o desestimar un recurso de queja, aplicar el ‘certiorari’ negativo o positivo, resolver el fondo de la litis por haberse planteado cuestiones resueltas en casos análogos, etc.), sin temor a alterar la garantía de bilateralidad.

La solución se evidenciará incluso más conveniente cuando se expanda el uso de la herramienta del ‘certiorari’ como filtro cualitativo basado en la noción de *trascendencia*. Dada la complejidad de los parámetros que –como fuera explicado- deben guiar a la Corte en la interpretación de dicho concepto jurídico indeterminado o en la utilización de las potestades discrecionales que le confiere el art. 31 bis de la LOPJ, la opinión de los litigantes sobre el punto resultará un elemento de ilustración fundamental. Así, por ejemplo, para conocer en detenimiento las contradicciones jurisprudenciales de los tribunales de grado sobre una cuestión de derecho (inconsistencias que, muchas veces, son ajenas al conocimiento del máximo tribunal) y la consecuente necesidad de sentar doctrina legal sobre el punto; o para verificar la repercusión general de un tema jurídico de alcances regionales, cuya correcta magnitud e intensidad quizás no se muestre evidente a los ojos de la Corte, etc.

En síntesis, la modificación de la oportunidad en la que la parte recurrida puede intervenir en el trámite ante la más elevada instancia provincial, constituye una necesidad que el legislador debería atender, tanto para remediar los reparos constitucionales que en ciertas ocasiones exhibe el desarrollo actual de dicho iter procesal, como para mejorar la performance del instituto regulado en el art. 31 bis de la ley 5827.

b) *Junto con el examen de admisibilidad, certificación por parte del 'a quo' de la presencia de cuestiones de derecho respecto de las cuales corresponda a la SCBA sentar doctrina legal.*

Otra de las reformas de trámite que podrían coadyuvar a un mejor funcionamiento del 'certiorari' de "trascendencia", cuando el mismo se desarrolle con más vigor en sede local, puede ser la certificación por parte del *a quo*, de la presencia de una cuestión de derecho que amerite fijar doctrina legal.

Ya hemos visto que una de las facetas de la función uniformadora de la SCBA que exhibe mayor repercusión general, es aquella en la que se advierte la necesidad de sentar jurisprudencia sobre un tema novedoso de derecho o sobre una cuestión que actual o potencialmente pudiera generar inconsistencias interpretativas ante los tribunales inferiores. En tales casos, es probable que éstos últimos palpiten con claridad la presencia de tales conflictos jurisprudenciales, transformándose en una fuente de conocimiento adicional acerca de la relevancia del caso a resolver.

Es por ello que, sin agregar un paso adicional al trámite recursivo, puede reformarse el CPC exigiéndose al *a quo* que, en el auto de concesión (art. 281, CPCBA) certifique la presencia de un conflicto jurisprudencial entre las distintas salas de una Cámara o entre diversas Cámaras entre sí, sobre el punto de derecho que se pretende revisar ante la SCBA. De este modo, la Corte estará en mejores condiciones de pronunciarse acerca de la trascendencia del recurso extraordinario y los órganos jurisdiccionales inferiores pueden hacer conocer su opinión acerca de la necesidad de sentar doctrina legal sobre un tema controvertido de derecho, por fuera de la explicación desarrollada por el quejoso en su pieza impugnativa.

c) *Tratamiento de casos repetitivos.*

Otra modificación interesante que podría tener un impacto positivo en el ámbito de la casación, es la previsión de instrumentos que faciliten la resolución de *casos repetitivos*.

En efecto, como vimos al inicio de esta investigación (v. *supra*, capítulo segundo, par. VII, ap. 4), la agenda de los superiores tribunales suele ser invadida cíclicamente por eventos generadores de una significativa litigiosidad individual coetánea, que termina afectando seriamente sus posibilidades materiales de respuesta. Una forma de atenuar el impacto que estas crisis recurrentes poseen sobre el funcionamiento de los

órganos ubicados en el vértice de la jurisdicción, es la introducción de mecanismos de resolución de conflictos individuales repetitivos.

Sin embargo, como fuera allí explicado, con ello no se agota el problema de los desbordes en la jurisdicción apelada de los máximos tribunales. Estas variantes de trámite son de especial utilidad para hipótesis de excesiva litigiosidad *sincrónica* o *coetánea*, en la que la elevación de un elevado número de expedientes a la Corte es pasible de producirse antes de que ésta pueda sentar doctrina legal sobre las cuestiones jurídicas centrales que giran alrededor de la conflictiva de marras.

Así, los sistemas de abordaje de casos repetitivos permiten que, frente a una perspectiva del género, los tribunales superiores detengan la remisión de causas relativas a una determinada serie de cuestiones homogéneas o, una vez elevadas, las devuelvan a los judicantes de origen, a la espera de una definición del alto cuerpo sobre el punto.

Los instrumentos analizados se diferencian así de otros resortes, como la aplicación del ‘certiorari’ frente a cuestiones “insustanciales” o “resueltas en casos análogos”, que explicáramos previamente (v. *supra* capítulo cuarto, par. IV, ap. 3.2], para el régimen federal; capítulo sexto, par. IV, ap. 4.4], en el ámbito provincial). En estos últimos dispositivos, es la Corte la que debe resolver cada controversia llevada a sus estrados, evaluando la aplicabilidad de la doctrina legal sentada previamente a los asuntos que se busca dirimir. Tarea que, además de insumir recursos humanos y materiales propios, compromete a la Corte en una actividad predominante -aunque no excusivamente- orientada a la custodia del *ius litigatoris* (v. *supra*, par. V, ap. 3.2.d]).

Es por ello que se postula, como reforma adicional tendiente a complementar las herramientas de descongestión de los superiores tribunales, la conveniencia de incorporar sistemas de abordaje de casos repetitivos, que permitan a la Corte concentrar su función uniformadora en la definición de las líneas jurisprudenciales determinantes sobre materias preponderantemente homogéneas, manteniendo en los órganos de grado la “administración” de dicha doctrina legal, quienes deberán aplicarla a las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Remitimos a lo explicado oportunamente acerca del modo en que estos instrumentos funcionan en el derecho comparado, sistemática que podría ser replicada, con algunas adaptaciones, en nuestro país (v. *supra*, capítulo segundo, par. VII, ap. 4).

d) *División en salas a efectos de resolver asuntos intrascendentes admitidos discrecionalmente por la Corte.*

La división en salas de los superiores tribunales es un resorte por demás conocido en el derecho comparado, destinado a aumentar la productividad de dichos cuerpos jurisdiccionales, al permitir la resolución de los casos llevados ante sus estrados, con la intervención de menos magistrados. Ello agiliza el estudio de la causa y la obtención de las mayorías necesarias para darle respuesta, pero, en contrapartida: i) acentúa el riesgo de contradicciones entre las distintas salas, que sólo puede ser remediada convocando oportunamente a plenarios; y ii) multiplica la producción normativa de la Suprema Corte, debilitando su doctrina legal, ante la dificultad de conocer y administrar adecuadamente la jurisprudencia adoptada sobre una multiplicidad de temas.

Se trata consecuentemente de una solución de eficacia relativa, si se tiene en cuenta esa posibilidad cierta de inconsistencias internas y la debilidad de la doctrina legal emanada de estas divisiones de la Corte. Tales inconvenientes se potencian especialmente en culturas que muestran una tendencia de las partes a agotar todas y cada una de las instancias recursivas formalmente disponibles, como ocurre con los recursos internos a través de los cuales se pueda requerir permanentemente la revisión de lo resuelto por cada sala, ante el plenario.

Las iniciativas de dividir en salas esta clase de tribunales, de todos modos, han sido postuladas en nuestro país, aun en jurisdicciones desacostumbradas a consagrar este esquema organizativo (como ocurre en la CSN y la SCBA).

Puede recordarse en tal sentido la Acordada del 25 de agosto de 1958 (v. *supra*, capítulo segundo, par. VII, ap. 2), por el que la CSN propiciara el aumento de su número de integrantes para facilitar la división en salas (atribución que la Corte tiene a su disposición –conf. art. 23 del dec.-ley 1285/58- sin que haya hecho uso de ella). O, en la Provincia de Buenos Aires, la idea de creación de “Comités de Admisibilidad” (integrados por tres jueces cada uno) propiciada por MORELLO como contrapropuesta frente a las primeras iniciativas de incorporación del ‘certiorari’ en la Provincia de Buenos Aires¹²¹⁵.

¹²¹⁵ MORELLO, Augusto M., “Un proyecto que procura acoger el certiorari en la Suprema Corte de Buenos Aires, y que no debe prosperar”, en *JA* 1996-II-889 (v. *supra*, par. III, ap. 3).

Consideramos que el único campo en el que la división en salas puede ser justificado en la órbita de un tribunal superior de las características de la CSN o de la SCBA, es el de la solución del *mérito* de aquellas causas que porten cuestiones “intrascendentes” y que dichos órganos admitan excepcionalmente en ejercicio de la sana discreción que les confiere el ordenamiento adjetivo (art. 280, CPCN; 31 bis, ley 5827).

No estamos de acuerdo con la utilización de este remedio organizacional para juzgar la admisibilidad de los recursos extraordinarios (así, por ejemplo, para determinar la trascendencia de los planteos articulados). Consideramos, por el contrario, que la definición de la agenda del tribunal constituye uno de los aspectos más delicados de su actuación institucional, que no debe ser dejado sino a las resultas de un debate pleno de la totalidad de los integrantes de la Corte, en cada uno de los casos llevados ante sus estrados. Es esta línea de pensamiento la que explica el diseño de las mayorías especiales necesarias para poner en marcha los mecanismos de selección vigentes en los Estados Unidos o en Brasil. En el primer caso, la explicada “regla de los cuatro” permite abrir la competencia del máximo tribunal frente a la voluntad coincidente de cuatro de los nueve jueces de la Suprema Corte. Lo que implica que al menos seis jueces (2/3 del total) tienen que propiciar la desestimación para que un caso sea desestimado. La misma tónica impera en Brasil, pese a que el funcionamiento del instituto de la “repercusión general” difiere del esquema norteamericano. También en el vecino país se exige una mayoría calificada (2/3) para desestimar un recurso extraordinario que no cumpla con dicha condición (v. *supra*, capítulo tercero, par. II, ap. 3.4.d] y par. VIII, ap. 4.3]).

Es decir, que la aplicación de resortes “discrecionales” como los que habilitan a los tribunales superiores a decidir qué casos decidir, no pueden -a nuestro juicio- quedar en manos de divisiones o salas. La conformación de la agenda de la Corte debe emanar del debate plenario de sus miembros en cada caso, por constituir uno de los aspectos más significativos de su delicada misión institucional.

Distinto es lo que sucede cuando la Corte decide admitir un recurso en el que se articulen cuestiones carentes de repercusión general (vg., denuncia de “absurdo” o “arbitrariedad” en la valoración de las circunstancias probadas de la causa o por haber omitido de arguentos fundamentales para la adecuada solución del pleito, etc.). En estos

casos, como vimos, imperan criterios de selección ajenos a la noción de trascendencia (nota descartada en tales hipótesis), como el de la verosimilitud o “perspectiva real de éxito de la impugnación”, que también deben ser analizados por el tribunal en pleno.

Ahora bien, superado el filtro aludido y remitida la causa para una resolución de mérito, es posible utilizar la técnica de división en salas para dar respuesta a esta clase de pleitos. Es que en este tipo de asuntos se atenúa riesgo de sentencias contradictorias entre las diversas salas (verdadero talón de aquiles del sistema), ya que –por lo general– la solución a adoptar en estos casos se enfoca en las particularidades de la causa, sin expandir su influencia a controversias análogas. Por las mismas razones, no se justifica en este tipo de causas la utilización de recursos “internos”, destinados a convocar al pleno del tribunal, atenuándose así otro de los inconvenientes prácticos que presentan en general los regímenes de división en salas.

Es por ello que para el juzgamiento de mérito de las causas en las que esté primordialmente involucrado el *ius litigatoris*, la técnica de dividir en secciones al tribunal puede rendir mejores frutos.

CAPÍTULO SÉPTIMO.

“Conclusiones”

Habiendo culminado con el desarrollo de los temas cuyo análisis fuera propuesto desde el inicio de esta investigación, estamos en condiciones de sintetizar las conclusiones centrales adoptadas en el curso de la exposición.

Destacamos que sólo se incluyen en el siguiente elenco las conclusiones relativas a los argumentos generales más relevantes de la obra, sin perjuicio de la multiplicidad de sub-temas sobre los que hemos tomado posición en cada uno de los capítulos precedentes, a los que remitimos para mayor claridad.

I. Primer grupo de conclusiones: análisis constitucional y convencional.

1) Los mecanismos de selección cualitativos de causas son instrumentos constitucional y convencionalmente aceptables para concentrar los limitados recursos materiales y humanos de las cortes supremas, en el cumplimiento de sus más caracterizadas finalidades institucionales.

2) Desde una perspectiva formal, el legislador está habilitado en general para restringir o limitar la competencia apelada de los superiores tribunales, aspecto sobre el que la Constitución Nacional es más clara que la de la Provincia de Buenos Aires (en la que -como vimos- se ha entendido que el parlamento no tiene aptitudes para limitar algunos de los recursos extraordinarios locales -recursos de inconstitucionalidad y nulidad-, más allá de la posibilidad de determinar las condiciones formales necesarias para organizar todo trámite recursivo).

3) Los dispositivos de selección como el ‘certiorari’ (arts. 280, CPCN, en la órbita nacional; 31 bis, ley 5827, en el ámbito provincial), son instrumentos adecuados para perfeccionar del rol institucional de tales cuerpos de justicia, al permitirles descongestionar su agenda y agilizar el trámite de las causas que transitan ante sus estrados. Sin embargo, con ser idóneos, no son suficientes por sí mismos para coadyuvar a dicha finalidad, dado que la jerarquización de la misión institucional de las cortes supremas demanda mayores esfuerzos: i) de los poderes políticos (que deben tomar conciencia de la necesidad de fortalecer los cimientos de los tribunales de primera instancia como pilar fundamental del sistema de la justicia civil, evitando –en

paralelo- afectar el prestigio e independencia de las cortes supremas, por caminos directos o indirectos que no han sido ajenos a la historia institucional del país); ii) de los mismos tribunales cimeros (que deben trabajar para potenciar la eficacia de su jurisprudencia aun cuando el legislador no imponga un régimen de *stare decisis*, ocuparse incansablemente de prestigiar su papel en el concierto de los poderes públicos, brindar mayor transparencia y agilidad en sus procedimientos, fortalecer la motivación y la divulgación adecuada de sus decisiones de mérito, impulsar las reformas procesales necesarias para mejorar su funcionamiento, simplificando incluso las condiciones y vías de acceso a la instancia extraordinaria, etc.); iii) de los tribunales inferiores –de instancia única o de alzada ordinaria- (que muchas veces omiten trabajar adecuadamente con esta fuente de derecho calificada, constituida por la doctrina de las cortes supremas y, otras tantas, renuncian a asumir la responsabilidad que les cabe como los tribunales en los que el sistema deposita –por regla- la última palabra en lo relativo a la justicia de la decisión –corrección del juicio de hecho, acierto en la subsunción de las particulares circunstancias fácticas de la litis en estándares normativos flexibles, etc.); iv) de los abogados (cuya técnica –tantas veces reprobada por las cortes supremas, como quedara estadísticamente demostrado- es condición esencial para mejorar el funcionamiento de los tribunales ubicados en el vértice de la jurisdicción); y, v) finalmente, de la ciudadanía (que debe tomar conciencia de la importancia de colocar a los problemas de la justicia civil en la agenda política, alzando la voz no sólo contra cualquier avasallamiento de su independencia, sino contra la consolidación de diseños procesales desactualizados, que se desentiendan de la eficacia y eficiencia como condición fundamental del debido proceso prometido en la Constitución). Todos estos pilares, entre tantos otros, son necesarios para perfeccionar el funcionamiento de una corte suprema y no sólo la reducción de causas mediante un mecanismo de selección cualitativo.

4) Insistimos, de todos modos, en que los instrumentos de selección analizados en esta investigación, tienen un papel importante a cumplir en dicha empresa, junto con *otras técnicas de organización y gestión del trabajo de los tribunales superiores* (vg., dispositivos para reforzar la eficacia de su jurisprudencia; tratamiento de casos repetitivos –impidiendo que conflictos masivamente judicializados deban transitar individualmente por la Corte Suprema para lograr uniformar la solución adoptada en cada uno de ellos-; división en salas de la Corte para resolver el mérito de asuntos en los que predomine la tutela del *ius*

litigatoris, cuando tales casos sean admitidos discrecionalmente en razón de la gravedad del error cometido, etc.).

5) Pese a resultar constitucionalmente aceptable la consagración de mecanismos cualitativos de selección de causas, el *ejercicio* de ese poder en concreto por parte de las cortes supremas debe ser respetuoso de las reglas y principios emanados de la Ley Suprema, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados internacionales de protección de las libertades fundamentales.

En este punto, corresponde reiterar las conclusiones oportunamente anticipadas respecto de la distinción entre el uso de la discrecionalidad y la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, en el proceso decisorio relativo a la aplicación del filtro de trascendencia contemplado en los arts. 280 del CPCN y 31 bis de la ley 5827 (Provincia de Buenos Aires). Lo hacemos en el siguiente apartado.

II. Conclusiones sobre los alcances y límites de la discrecionalidad conferida en el ‘certiorari’ argentino (arts. 280, CPCN; 31 bis, ley provincial 5827). Transparencia e igualdad en el uso del filtro de selección.

1) Hemos encontrado razones suficientes para distinguir, a los efectos expositivos, la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, por un lado, y el reconocimiento de potestades discrecionales al poder judicial, por el otro;

2) De dicha premisa, sin embargo, no se deriva necesariamente como conclusión, que los jueces carezcan de atribuciones discrecionales propiamente dichas;

3) En esta investigación, ha sido calificada de “discrecional” (*stricto sensu*) a la decisión que adopta un órgano jurisdiccional sin atenerse a pautas o estándares establecidos primariamente por el legislador, sino a criterios determinados por el mismo tribunal que decide. Se trata, en otras palabras, de hipótesis en las que predomina la libertad del juzgador en la definición primaria de los estándares que él mismo utilizará para decidir.

4) El ‘certiorari’, tal como se encuentra regulado en nuestro país (arts. 280, CPCN; 31 bis, ley 5827 –Provincia de Buenos Aires–), combina ambas formas de actuación: por un lado, impone a los superiores tribunales la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados (típicamente: definir qué es una cuestión “trascendente”); y, por el otro, les reconoce potestades discrecionales *stricto sensu*, como

es la posibilidad de admitir recursos que portan cuestiones intrascendentes (a efectos de lo cual les es permitido determinar autónomamente las pautas de selección que utilizará, sin guía alguna emanada del legislador);

5) Un dispositivo que acordara plena discrecionalidad (*stricto sensu*) para resolver el mérito cualquier controversia llevada a sus estrados aplicando estándares autoproclamados, quebraría el principio de legalidad y podría colocar en jaque al estado de derecho (art. 19, Const. Nac.). Sin embargo, el ‘certiorari’ no permite resolver el mérito de los casos llevados a los estrados de los superiores tribunales sobre la base de criterios discrecionales, sino sólo decidir parcialmente acerca de su propia competencia para expedirse sobre aquéllos, decisión que afecta únicamente la posibilidad de que el caso sea materia de revisión por una nueva instancia jurisdiccional;

6) El ‘certiorari’ produce una limitación sustancial del deber de motivar las resoluciones judiciales, la que puede ser considerada razonable en tanto no existen otros mecanismos más idóneos para reducir la sobrecarga de las cortes supremas y permitirles desempeñar adecuadamente su papel institucional.

7) Dicha limitación extrema del deber de motivar las decisiones de admisibilidad, sólo puede ser consentida en la medida en que se afiance, en paralelo, la transparencia del proceso de selección de causas, mediante instrumentos como: a) la difusión de los criterios generales utilizados para juzgar la trascendencia de los asuntos o para admitir discrecionalmente recursos que portan cuestiones intrascendentes; y b) el acceso público y sencillo a la información relevante tenida en cuenta por la Corte para resolver como lo hizo en cada caso, incluyendo una sistematización del ejercicio del poder de selección que permita acceder (al menos sintéticamente) a los antecedentes de cada caso y al resultado respectivo (admisión o inadmisión, causal de ‘certiorari’ utilizada).

8) De este modo, el problema fundamental de la limitación extrema (hasta su virtual supresión) del deber de *motivación* en el ámbito de la selección cualitativa de causas (especialmente para juzgar la trascendencia de las cuestiones articuladas ante las cortes supremas), puede ser morigerada con un *ejercicio transparente de ese poder de selección*, que sin agregar a los jueces el peso adicional de la justificación de las características de cada caso, permita a la ciudadanía acceder a información sistemática y útil en este campo.

En otras palabras, la limitación del recaudo constitucional de fundamentación de las sentencias judiciales, sólo es aceptable en la medida en que se garantice, por los mejores medios disponibles a tales efectos, la transparencia del proceso. En tal sentido, se ha buscado demostrar en esta investigación que la motivación no es el único resorte mediante el cual puede satisfacerse el postulado de transparencia. Por lo que un tribunal superior que tenga a su disposición un instrumento para “decidir qué casos decidir”, sin necesidad de desarrollar los fundamentos de su elección en cada caso, debe, entre otras medidas tendientes a garantizar esa transparencia: a) identificar al menos la causal de ‘certiorari’ a la que responde la resolución desestimatoria del recurso extraordinario (práctica ausente en los estrados de la Corte Suprema e impuesta normativamente en el régimen de la Provincia de Buenos Aires); b) brindar elementos de acceso público a la información relevante sobre los antecedentes tenidos en cuenta por dichos tribunales en la tarea de selección (vg., enunciación general de los parámetros utilizados para medir la trascendencia de un asunto o para admitir discrecionalmente recursos que versen sobre cuestiones intrascendentes; sistematización y difusión de las decisiones relativas a la aplicación del “filtro”, para que puedan conocerse con más precisión los antecedentes de cada litigio admitido o inadmitido, etc.).

9) Por otra parte, la discrecionalidad en el ejercicio del poder de selección de los asuntos a resolver, sólo puede ser considerada “sana” en la medida que respete el *principio de igualdad*. Es decir, que se dé el mismo trato (admisión o rechazo) a recursos que posean las mismas cualidades. Para afirmar que dos casos poseen características análogas y que, por ende, hubieran merecido el mismo destino, deben tenerse presente los distintos parámetros que utiliza la Corte para resolver: a) la trascendencia de las cuestiones involucradas y b) la admisión de asuntos intrascendentes.

10) En tal sentido, para cuestionar el uso del filtro analizado, no basta con detectar, como frecuentemente se lo hace, que un caso típicamente intrascendente (vg., un recurso llevado ante la Corte federal en el que se procurara revisar temas de hecho, acudiendo a la doctrina de la arbitrariedad, sin que la definición adoptada tenga suficiente repercusión general) haya sido admitido, mientras que otro de mayor impacto en la comunidad, no haya corrido la misma suerte. Es que una vez que se desciende por debajo del piso de trascendencia que *impone* tratar un asunto, la actuación de la Corte pasa a ser discrecional *stricto sensu* y, por ende, las pautas aplicadas para seleccionar estos

casos (intrascendentes), son diversas. Entran así a jugar elementos como la verosimilitud del planteo, la utilidad de dirimir una cuestión irrelevante como condición necesaria para pronunciarse en otra que resulta verdaderamente trascendente, etc. Por lo que, para determinar si la Corte procede de modo consistente con el principio establecido en el art. 16 de la Constitución Nacional (conf. asimismo arts. 1.1 y 24, Convención Americana de Derechos Humanos), debe penetrarse en el parámetro utilizado para admitir o desestimar un asunto. Sólo después de dicho examen podrá compararse un caso con otros de contenido similar y verificar si, verdaderamente, se ha infringido la garantía de igualdad; es decir, si se ha privilegiado, por razones *non sanctas*, a un asunto sobre otro.

III. Conclusiones sobre la determinación de los parámetros a tener en cuenta para juzgar la trascendencia de un asunto y para admitir cuestiones intrascendentes.

Es así que se llega al tercer problema fundamental abordado en este trabajo, referido a la definición de los parámetros a tener en cuenta para: a) juzgar la trascendencia de un asunto; y b) admitir discrecionalmente recursos en los que se articulen cuestiones intrascendentes.

a) Respecto del primer aspecto, hemos sostenido que para que un asunto satisfaga el recauso de trascendencia, debe poseer dos notas fundamentales: i) la primera es su “pertinencia institucional”, esto es, la aptitud del tema para colocar al máximo tribunal en ejercicio de sus misiones fundamentales; ii) la segunda nota es la “repercusión general”, es decir, la idoneidad de la cuestión debatida para expandir sus efectos, directa o indirectamente, sobre una porción relevante de la comunidad.

b) Respecto del segundo punto, han sido identificados los parámetros a tener en cuenta, no ya para definir qué es una cuestión trascendente, sino para admitir discrecionalmente recursos que porten cuestiones “intrascendentes”.

Dos criterios fundamentales fueron identificados en esta materia, a través de los cuales es dable determinar qué casos pueden ser admitidos por una corte suprema, por más que se haya advertido la intrascendencia de las cuestiones articuladas en el recurso extraordinario

En primer lugar, la “verosimilitud del planteo” o “perspectiva real de éxito de la impugnación”. Se trata del principal estándar para justificar la decisión del máximo tribunal de tratar cuestiones que sólo atañen al *ius litigatoris*, sin hacer lo mismo en la totalidad de los asuntos carentes de repercusión general.

Adicionalmente, ha sido destacado el parámetro de la “necesidad” de dirimir cuestiones intrascendentes, como condición necesaria para pronunciarse sobre tópicos relevantes (así, por ejemplo, cuando es necesario dirimir una cuestión de hecho –vg., error en la apreciación de la prueba por el *a quo*- para ingresar en un debate jurídica o institucionalmente significativo).

IV. Conclusiones sobre la eficacia de los temas investigados para mejorar el funcionamiento y la praxis de actuación ante las cortes supremas.

El sentido de esta investigación no ha sido orientado exclusivamente al debate de problemas académicos, sino que se han intentado pergeñar instrumentos para la modificación valiosa de la realidad. Se ha buscado en la obra perfeccionar un rasgo de la actuación de los superiores tribunales en el que predomina la insatisfacción de los operadores. Hemos procurado brindar elementos para entender con mayor claridad los problemas fundamentales que exhibe el tortuoso ejercicio de la discrecionalidad en la selección de las causas por los superiores tribunales del país.

Mediante un uso más fructífero y transparente de la herramienta analizada, es posible mejorar no sólo el proceso de selección, en sí mismo considerado, sino muchos otros aspectos del control constitucional de última instancia y de la casación de derecho federal, común o local imperantes en nuestro país.

En tal sentido, por un lado, hemos postulado modificaciones legislativas tendientes a hacer rendir mejores frutos al régimen de admisión analizado (vg., correcciones al trámite de los recursos extraordinarios, incorporación de instrumentos como el mencionado abordaje de casos o recursos repetitivos, posible división en salas para la resolución de mérito de cuestiones en las que predomina el *ius litigatoris*, etc.), mientras que, por el otro, han quedado señalados rumbos posibles de acción que permiten mejorar la experiencia en la materia, sin necesidad de reforma legal alguna (por ej., consagración de mecanismos para dotar de mayor transparencia al ejercicio del poder de selección de los recursos interpuestos ante el vértice de la jurisdicción, etc.).

Richard STEVENS ha apelado a la citada metáfora de la “Hydra” para graficar la impotencia que los operadores y académicos del derecho sienten a la hora de combatir el problema de la sobrecarga de las cortes supremas¹²¹⁶. Por nuestra parte, sin caer en el escepticismo, aunque admitiendo la notable dificultad y recurrencia del problema, hemos intentado brindar algunos aportes adicionales para mejorar la experiencia en el uso de los instrumentos de selección de nuestro país. La búsqueda ha siempre intentado recalar en el estudio de soluciones que sean constitucionalmente aceptables, pero también posibles de materializar en la realidad, dado que –finalmente- toda propuesta de superación no sólo debe ser teóricamente sustentable, sino estar en condiciones de ser puesta en práctica, sabiendo siempre que, en las recordadas palabras de ALBERDI, “lo que es imposible no es del mundo de la política”¹²¹⁷.

¹²¹⁶ “The effort to keep the Court’s workload manageable is a little like ‘cutting off the heads of a Hydra’ [“El esfuerzo por lograr que la carga de trabajo de la Corte sea manejable, es un poco como cortar las cabezas de una Hydra”] STEVENS, Richard G., “Introducción” a la obra de FRANKFURTER – LANDIS, *The business of the Supreme Court...*, cit., p. xxvii

¹²¹⁷ ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* [orig: 1852], consultada la edición publicada por la Editorial El Ateneo, integrando una compilación de estudios constitucionales del citado autor bajo el título: ALBERDI, Juan B., *Organización de la Confederación Argentina*, Bs. As., 1913, cap. XIX, p. 103.

ABREVIATURAS

- Ap.: apartado
- BGH: *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia Alemán)
- BverfGe: *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional alemán)
- CABA: Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)
- CCA: Código Contencioso Administrativo
- Const. Es.: Constitución española
- Const. Nac.: Constitución de la Nación Argentina.
- Const. Pcial.: Constitución de la Provincia de Buenos Aires
- Const. P. Col.: Constitución Política de Colombia (1991)
- Corte Const.: Corte Constitucional.
- CPC Fr.: Código Procesal Civil francés (*Code de Procédure Civile*)
- CPC It.: Código Procesal Civil italiano (*Codice di Procedura Civile*)
- CPCBA: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires
- CPCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
- CPP: Código Procesal Penal
- CSJN o CSN: Corte Suprema de Justicia de la Nación
- Dec. Leg.: Decreto Legislativo (Colombia)
- ED: El Derecho.
- HDC: Honorable Cámara de Diputados
- JA: Jurisprudencia Argentina.
- LCTF: Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG), del 12 de marzo de 1951
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil española.
- LFA: Ley Fundamental para la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949.
- LL: Revista La Ley

- LLBA: Revista La Ley Buenos Aires
- LNBA: Lexis Nexis Buenos Aires.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- P./pp.: página/páginas
- Par.: párrafo
- Párr.: párrafo
- PSJCR: Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos)
 - Res.: resolución (en la cita de precedentes de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, indica la presencia de una resolución interlocutoria).
- RJN: Reglamento para la Justicia Nacional.
- RDLSS: Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Abeledo Perrot-Lexis Nexis.
- SCJBA o SCBA: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.
- SCR: *Supreme Court Rules*. Salvo indicación en contrario, se cita en esta investigación la versión aprobada el 12 de enero de 2010 (en vigor desde el 16 de febrero de ese año).
 - STF: Supremo Tribunal Federal (Brasil)
 - STJ: Superior Tribunal de Justicia (Brasil)
 - TSJ: Tribunal Superior de Justicia (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).
 - TFC: Tribunal Federal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*).
 - TFJ: Tribunal Federal de Justicia alemán (*Bundesgerichtshof*).
 - UKSC: Suprema Corte del Reino Unido (*United Kingdom Supreme Court*)
 - USC: *United States Code*. Documento con la consolidación y codificación de la legislación general permanente de los EEUU elaborado por la Cámara de los Representantes de los EEUU, a través de un consejo de revisión permanente (*Law Revision Council*). El número inicial de la cita corresponde al título del código y el final a la sección correspondiente (vg., *28 USC 1*, equivale a la §1 del título 28 del *United States Code*).
 - USSC: Suprema Corte de Estados Unidos (*United States Supreme Court*).

- v. esp.: véase especialmente
- v.: ver/véase
- ZPO: *Zivilprozessordnung* (Código Procesal Civil alemán)

ÍNDICE DE AUTORES CITADOS

- AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “El ‘certiorari’. Ejercicio de la jurisdicción de apelación por el tribunal supremo de los Estados Unidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, n° 41, mayo-agosto de 1994, pp. 89-136.
- ALBERDI, Juan B., *Elementos del Derecho Público Provincial Argentino*, consultada la edición publicada en la compilación de estudios constitucionales del citado autor: *Organización de la Confederación Argentina*, El Ateneo, Bs. As., 1913 [orig.: *Elementos del derecho público provincial pára la República Argentina*, Valparaíso, Impr. del Mercurio, 1853].
- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* [orig: 1852], consultada la edición integrada a la compilación de estudios constitucionales del citado autor: *Organización de la Confederación Argentina*, Bs. As., 1913.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. - BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974, 1° reimpresión 1987.
- ALEXY, Robert, *Epílogo a la Toría de los Derechos Fundamentales* [trad.: Carlos BERNAL PULIDO], Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* [trad.: Carlos BERNAL PULIDO], 2° ed. (en castellano), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ALMAGRO NOSETE, José, “Situación de la casación en España”, en VVAA, *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008, pp. 247-260.
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Ediar, 2ª ed., Bs. As., 1957.
- ALVIM, Arruda, “A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral” en VVAA (coord.: Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER - José Miguel GARCIA MEDINA - Luiz RODRIGUES WAMBIER): *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- ALVIM, Arruda, *A argüição de relevância no recurso extraordinário*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

- AMADEO, Octavio, *Vidas argentinas*, Ed. La Posta, 1957.
- AMRANI-MEKKI, Soraya, “La sélection des pourvois à la Cour de Cassation”, en VVAA [Dir.: José BONET NAVARRO; Coord.: José M. PASTOR], *El recurso de Casación Civil*, Aranzadi, 2010, pp. 629-654.
- AMRANI-MEKKI, Soraya, “Les textes organisant la non-admission ds pourvois en cassation en droit français”, en VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI, Soraya – CADIET, Loïc], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005, pp. 19-31.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta, “A eficácia da decisão envolvendo a repercussão geral e os novos poderes dos relatores e dos tribunais locais”, en *Revista autônoma de processo*, Arruda ALVIM – Eduardo Arruda ALVIM (coord.), n° 4, 2007, PP. 269-286.
- ARCADI, Antonella, “El C.D. «Principio di autosufficienza del ricorso» nella giurisprudenza della Corte di Cassazione”, en *Giustizia civile*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 347 y ss.
- ARCURI, Antonio, *La reforma constitucional en la Provincia de Buenos Aires 1989/1990. Aportes y comentarios*, Imprenta del H. Senado de la Provincia de Buenos Aires, mayo de 1990.
- ARONSTAM, Bradley R., “The Private Securities Litigation Reform Act of 1995’s paradigm of ambiguity: a circuit split ripe for certiorari” en *Hofstra Law Review* [28 Hofstra L. Rev. 1061], 2000.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária a lei?*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pp. 351-357.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, 2° ed., Revista dos Tribunais, 2008.
- ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *La Corte y los Derechos: informe 2005-2007*, Siglo Veintiuno, 1° ed., 2008.
- ATIAS, Christian, “Le développement du rabat d’arrêts de la Cour de Cassation”, en *Gazette du Palais*, Lextenso, Paris, 2010, pp. 15-16.
- ATIENZA, Manuel, *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986.

- ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993.
- AVRON, Paul A. – HOMER, Ilyse M., “Extraordinary Writs of Certiorari and Mandamus. Santards in Review”, en *The Record*, 2004, pp. 12-13.
- AYERS, Marc James - BRASHER, Andrew L., “Basics of certiorari practice in the Alabama Supreme Court”, en *The Alabama Lawyer* [70 Ala. Law. 198], 2009.
- AZEM, Guilherme Beux Nassif, *Recurso extraordinário e repercussão geral*, septiembre 2010; <http://www.abdpc.org.br/abdpc> [sección “Artigos”, acceso: septiembre 2010]).
- BANACLOCHE PALAO, Julio, “El Libro Blanco de la Justicia y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Rev. La Ley*, España, pp. 1887-1894.
- BARDUC, Elisabeth, “La régulation des pourvois: exécution préalable et modes de sélection”, en *Le juge de cassation à l'aube du 21ème siècle, Actes du premier Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français, Marrakech - 17 au 19 mai 2004*, pp. 45-49.
- BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2º ed., 1991.
- BARSOTTI, Vittoria, *L' arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1999.
- BAUM, Lawrence, *The Supreme Court*, 9º ed., Washington, CQPress, 2007.
- BELLUSCIO, Augusto, “El juicio por jurado ante la Corte Europea de Derechos Humanos”, en *JA* del 20-VI-2011
- BERIZONCE, Roberto, “El sistema de admisibilidad formal y sustancial de los recursos extraordinarios y la tutela de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, nº 1, pp. 223-242.
- BERIZONCE, Roberto, “La Casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en la doctrina jurisprudencial. Su recepción en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires de 1998”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2 -Medios de Impugnación. Recursos-, v. I., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.
- BERIZONCE, Roberto, *La nulidad en el proceso*, Platense, 1967.

- BERMEJO, Patricia, “Writ of certiorari, su práctica en los Estados Unidos”, *JA* 1990-IV-834.
- BERTOLINO, Pedro J. “El Rol de la aclaratoria en la elaboración justa de la sentencia civil”, *ED* 113-181.
- BIANCHI, Alberto - LEGARRE, Santiago, “El ‘certiorari’ en acción (Hacia un control de constitucionalidad basado en la trascendencia)”, *LL* 1993-C-841.
- BIANCHI, Alberto B., “El *writ of certiorari* en nuestra corte Suprema (la cuestión federal suficiente como concepto jurídico indeterminado)”, *ED* 125-857 (1988).
- BIANCHI, Alberto, “¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del recurso extraordinario)”, *ED* 125-923.
- BIANCHI, Alberto, “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (una reflexión sobre la aplicación del ‘stare decisis’)”, *ED* (Supl. Derecho Constitucional), del 26-VII-2000.
- BIANCHI, Alberto, *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989.
- BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Ábaco, Bs. As., 1992 (con 2º ed., 2002).
- BIANCHI, Alberto, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Ábaco, Buenos Aires, 1994.
- BIANCHI, Alberto, *La sentencia definitiva ante el recurso extraordinario*, Ábaco, Bs. As., 1998.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London, 2º ed., 1986.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “El certiorari y la avocación en la competencia de la Corte Suprema (Innovaciones en un proyecto de reformas)”, *ED* 115-805.
- BIDART CAMPOS, German, “Control de constitucionalidad de oficio”, *LL* 147-294
- BIDART CAMPOS, Germán, “Cuestión insustancial en el recurso extraordinario”, *ED* 95-353.

- BIDART CAMPOS, German, “El certiorari positivo”, ED 156-32.
- BIDART CAMPOS, Germán, “La ‘resolución contraria’ en el recurso extraordinario”, ED 116-916.
- BIDART CAMPOS, Germán, “La autoridad del derecho judicial de la Corte Suprema”, ED 136-453.
- BIDART CAMPOS, German, *Derecho Constitucional, realidad, normatividad y justicia*, Ediar, Bs. As., 1966
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, 2º edición, 1995 (1º ed.: 1986).
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula, *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Araznazi, Cizur Menor, 2002.
- BLOM-COOPER, Louis Jaques – DREWRY, Gavin, *Final appeal: a study of the House of Lords in its judicial capacity*, Clarendon Press, Oxford, 1972.
- BLONDEL, Philippe, “Le critère de la non-admission: quelle rationalité?”, en VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI – CADIET], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation, Economica*, 2005, pp. 83-102.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho* [trad.: Jorge GUERRERO R.], Temis, Bogotá, 2º edición, 5º reimpresión, 2005.
- BONINA, Nicolás, “Lo que el derecho es. Problemas epistemológicos a raíz del fallo Itzcovich”, LL 2005-F-356.
- BORÉ, Jacques – BORÉ, Louis, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 4º edición, 2008.
- BORÉ, Jacques, “Pourvoi en cassation”, en *Encyclopédie Dalloz*, 2008.
- BORÉ, Jacques, “Une nouvelle réforme de la Cour de cassation. À propos du décret n° 2008-484 du 22 mai 2008”, en *JCP / La Semaine Juridique - Edition Générale*, n° 24, 2008.
- BORGES, Jorge L., “Arte de injuriar”, en *Historia de la eternidad*, 1998 [orig: 1936], Alianza, Madrid.
- BOSKEY, Bennett - GRESSMAN, Eugene, “The Supreme Court Bids Farewell to Mandatory Appeals” 121 *Federal Rules Decisions* 81, 1988.

- BOUCHER, Robert – SEGAL, Jeffrey, “Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Offensive Grants and Defensive Denials”, *The Journal of Politics* [54 J. Pol. 824], 1995.
- BOVE, Mauro, *Il sindacato della corte di cassazione: contenuto e limiti*, Milano, Giuffrè, 1993.
- BRENNER, Saul, “Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies”, *Law Library Journal* [92 Law Libr. J. 193], 2000.
- BRENNER, Saul, “The New Certiorari Game”, *The Journal of Politics* [41 J. Pol. 649], 1979.
- BRIGUGLIO, Antonio, “Ecco il 'filtro'! (L'ultima riforma del giudizio di cassazione)”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Cedam, Padova, 2009.
- BROWN, Ernest J., “The Supreme Court 1957 Term. Foreword: process of law”, en *Harvard Law Review*, vol. 72, 1958.
- BUFFET, Jean, “La saisine pour avis de la Cour de cassation”, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/presentation_generale_7235.html (último acceso: mayo 2012).
- BUFFET, Jean, “Le critère de la non-admission: quelle rationalité?”, en VVAA (Dir.: AMRANI-MEKKI - CADIET), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005, pp. 103-109.
- CADIET, Loïc – JEULAND, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, Litec, Pais, 5° ed., 2006.
- CADIET, Loïc - NORMAND, Jacques - AMRANI-MEKKI, Soraya, *Théorie générale du procès*, Thémis – Presses Universitaires de France, 2010.
- CADIET, Loïc, “El sistema de la casación francesa”, en VVAA [ORTELLS RAMOS, Manuel: coord.], *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008, pp. 21-53.
- CALAMANDREI, Piero – FURNO, Carlo, Voz “Cassazione civile” en *Novissimo Digesto Italiano*, II, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1958.
- CALAMANDREI, Piero, “Per il funzionamento della Cassazione única”, en *Opere Giuridiche*, Napoli, 1979.

- CALAMANDREI, Piero, *La Casación Civil* [trad.: Santiago SENTÍS MELENDO], Bs. As., Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.
- CALDEIRA, Gregory A. - WRIGHT, John R., “Organized Interests and Agenda-Setting in the U.S. Supreme Court”, en *The American Political Science Review*, Vol. 82, n° 4, 1988.
- CANCER LALANNE, Enrique, “La Constitución como motivo del recurso de casación”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 7, 1999.
- CANIVET, Guy, “L'égalité d'accès à la Cour de cassation”, en COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2003*, La documentation française, Paris, 2003.
- CANIVET, Guy, “La procédure d'admission des pourvois en cassation - Bilan d'un semestre d'application de l'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire”, en *Recueil Le Dalloz*, n° 28, 2002.
- CANIVET, Guy, “Propos introductifs”, en VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI, Soraya – CADIET, Loïc], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, [trad.: Santiago SENTÍS MELENDO], Bs. As., Ejea, 1971.
- CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, CEDAM, 6° ed., 2009.
- CARPI, Federico, “Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione”, en *Corriere Giuridico*, IPSOA, Milano, 2009.
- CARPI, Federico, “Las Cortes Supremas y la Corte de Casación italiana después de la Reforma de 2006. Análisis comparado”, en VVAA [OTEIZA, Eduardo: coord.], *Reforma Procesal Civil*, Rubinzal Culzoni, 2010.
- CARRATTA, Antonio, “Il ‘filtro’ al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità”, en *Giurisprudenza italiana*, 2009.
- CARRATTA, Antonio, “La Corte costituzionale e il ricorso per cassazione quale ‘nucleo essenziale’ del ‘giusto proceso regolato dalla legge’: un monito per il legislatore ordinario”, en *Giurisprudenza italiana*, 2010.
- CARRIÓ, Genaro - CARRIÓ, Alejandro: *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3° ed., Abeledo Perrot, Bs. As., 1983 (orig.: 1° edición, 1967).

- CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5º edición, 2006.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “La discrecionalidad administrativa”, en *LL* 2008-E-1056.
- CASTRO Filho, Sebastião de Oliveira, “Dos recursos excepcionais na constituição brasileira”, en MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- CHARTIER, Yves, *La Cour de cassation*, Dalloz, Paris, 2º ed., 2001.
- CHEMERINSKY, Erwin, *Federal Jurisdiction*, 2º ed., 1994, Little - Brown & Co., p. 570.
- CHIARA DÍAZ, Carlos A. – OBLIGADO, Daniel H., *La casación penal*, Nova Tesis, Rosario, 2º edición, 2010.
- CHIARLONI, Sergio, “Las tareas fundamentales de la corte suprema de casación, la heterogeneidad de los fines surgida de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas” [trad.: Juan José MONROY PALACIOS], en *VVAA* [Manuel ORTELLS RAMOS: coord.], *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008, pp. 55-76.
- CHIARLONI, Sergio, “Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto”, in *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, vol. 56, 2002/1, pp. 11-16.
- COMADIRA, Julio R., *Derecho Administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Bs. As., Lexis Nexis, 2º ed.
- COMOGLIO, Luigi – FERRI, Corrado – TARUFFO, Michele, *Lezioni sul processo civile*, El Mulino, Bologna, 4º ed., 2006.
- CONDORELLI, Epifanio, “Reflexiones en torno a la ‘doctrina legal’ a los fines del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la Provincia de Buenos Aires”, en *JA* 1981-III-738.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, en *La reforma del proceso civil: informes a los anteproyectos de ley de enjuiciamiento civil y de reforma de la ley orgánica del poder judicial y texto de los anteproyectos de ley*, Madrid. 1998.

- CONSOLO, Claudio, “Una buona ‘novella’ al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale”, in *Corriere Giuridico*, vol. 26, n° 6, 2009, 737-743.
- COOPER, Phillip J.– KANSAS, Lawrence, *Battles on the bench: conflict inside the Supreme Court*, University Press of Kansas, 1995.
- CORNAGLIA, Ricardo J. “La ley de solidaridad previsional y el control constitucional practicado por la Corte”, *LL* 2005-B-705.
- CORTE COSTITUZIONALE, *Che cose é la Corte Costituzionale*, 3° ed. actualizada [a cura dell’ufficio stampa], Roma, 2009.
- CORTÉS, Osmar Mendes Paixão, *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro*, Forense, Rio de Janeiro, 2005.
- COSTANTINO, Giorgio, “La riforma del giudizio di legittimà: la Cassazione con filtro”, en *Giurisprudenza Italiana*, junio de 2009, pp. 1560-1563.
- COTTIN, Marianne, “La Cour de cassation se dote d’une porcédure d’admission des pourvois en cassation”, en *Recueil Le Dalloz*, n° 9, 2002, pp. 748-750.
- COUR DE CASSATION, “L’accès à la justice des personnes aux ressources insuffisantes: le contentieux de l’aide juridictionnelle porté devant la Cour de cassation (1980-2009)”, en *Rapport Annuelle 2009*.
- COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2009*, La Documentation française, Paris, 2009.
- COUR DE CASSATION, *Rapport Annuel 2010*, La Documentation française, Paris, 2010.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Bs. As., Depalma, 3° ed., 1958, 17° reimpresión: 1993.
- COX, Francisco J., “La admisibilidad de las denuncias individuales: puerta de entrada al sistema”, en VVAA (MÉNDEZ, Juan E. – COX, Francisco: eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, IIDH, Costa Rica, 1998, pp. 343-360.
- CRAIG, Paul, “Administrative Law”, en VVAA (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 525-540.

- CRAMER, Ronaldo, “Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariade judicial no processo civil”, en VVAA (Coord.: José Miguel GARCÍA MEDINA - Luana Pedrosa de Figueiredo CRUZ – Luis Otavio SEQUEIRA DE CERQUEIRA - Luiz Manoel GOMES JUNIOR), *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Ed. Revista Editora dos Tribunais, 2008, pp. 107-114.
- DANIELIÁN, Miguel - RAMOS FEIJÓO, Claudio, “Constitución de la Provincia de Buenos Aires (1934). Texto comparado con las reformas de las leyes 10.859 y 10.900”, en *LL* 1990-E-1187.
- DANIELIÁN, Miguel y RAMOS FEIJÓO, Claudio, “Secretarías judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *LL* 1990-B-1219.
- DANTAS, Bruno, *Repercussão geral. Perspectivas histórica dogmática e de direito comparado*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008
- DANTAS, Ivo, “Da repercussão geral como pressuposto específico e como filtro ou barreira de qualificação do recurso extraordinário”, en Revista *Jus Vigilantibus*, Sexta-feira, 2009.
- DARNANVILLE, Henri-Michel, “La saisine pour avis du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation”, en *Actualité juridique*, vol. 57, n° 5, 2001, pp. 416-427.
- DE CASTRO LOPES, Maria Elizabeth, “Anotações sobre a discricionariade judicial”, en VVAA (Coord.: José Miguel GARCÍA MEDINA - Luana Pedrosa de Figueiredo CRUZ – Luis Otavio SEQUEIRA DE CERQUEIRA - Luiz Manoel GOMES JUNIOR), *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Ed. Revista Editora dos Tribunais, 2008, pp. 94-98.
- DE CASTRO MARTÍN, Rosa M. - GONZÁLEZ VELASCO, Julián P., “El trámite de la admiscpon del recurso de casación civil en España, según la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo”, en VVAA (BONET NAVARRO, José (Dir.) – PASTOR, José Marín (Coord.), *El Recurso de Casación Civil*, Aranzadi – Thompson Reuters, 2010, pp. 155-230.
- DE CRISTOFARO, Marco, nota a los arts. 360 bis a 392 del CPC, en CONSOLO, Claudio (Dir.), *Codice di Procedura Civile. Commentato. La riforma del 2009*, IPSOA, Milano, 2009, pp. 231-269.

- DE LA COLINA, Salvador, *Derecho y legislación procesal*, Lajouane & Cía., Bs. As., 2º ed., 1915-1916.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “La perversión jurídica del amparo constitucional en España”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 751/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008 [*Westlaw.es*: BIB 2008/1030]; tb. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 124, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México, enero-abril 2009, pp. 355-387.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Verificación de los criterios esenciales de la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en sus primeros meses de vigencia”, en *Tribunales de Justicia*, Ed. La Ley, 2002, pp- 3-14.
- DE LA VEGA, Carlos, trabajo contenido en JOFRÉ, Tomás, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, t. II, Abeledo, Bs. As., 2º ed., 1919.
- DE LÁZZARI, Eduardo, “La denegacion de recursos extraordinarios que versan sobre cuestiones insustanciales o carentes de trascendencia”, VVAA (OTEIZA, Eduardo: coord.), *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 93-105.
- DE OLIVEIRA GUIMARÃES, Rafael, “A (im)possibilidade de discricionariedade judicial na inscrição do Magistrado no sistema Bacen-Jud”, en VVAA (Coord.: José Miguel GARCÍA MEDINA - Luana Pedrosa de Figueiredo CRUZ – Luis Otavio SEQUEIRA DE CERQUEIRA - Luiz Manoel GOMES JUNIOR), *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Ed. Revista Editora dos Tribunais, 2008, pp. 99-106.
- DEEN, Rebecca – IGNANI, Joseph – MEERNIK, James, “The solicitor general as amicus, 1953 – 2000: How influential?”, en *Judicature*, vol. 87, 2003.
- DELGADO CASTRO, Jordi, “La historia de la casación civil española. Un experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina”, en *Revista de derecho*, Valparaíso, n° 33, 2009.
- DICKSON, Brice, “A Hard Act to Follow: The Bongham Court, 2000-8”, en VVAA (BLUM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 253-275.

- DIDONE, Antonio, “Il nuovo ‘filtro’ in cassazione: esercitazione sul danno esistenziale”, en *Guirispudenza italiana*, agosto-septiembre 2009, pp. 1990-1995.
- DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, “Un torpedo a la casación”, en *Tribunales de Justicia*, 2001, pp. 1-8.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1977, 17º reimpresión, 1999.
- EICHHORN, Cory W., “Second-tier certiorari standard of review under Florida law: a practitioner's guide” *The Florida Bar Journal* [81 Fla. Bar J. 30], 2007.
- EISNER, Isidoro, “En torno a la preclusión por consumación”, en *Planteos Procesales*, La Ley, Bs. As., 1984.
- EKMEDJIAN, Miguel A., *Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, 3º ed. 1997
- EKMEDJIAN, Miguel A., *Tratado de Derecho Constitucional*, Depalma, t. V, 1999
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel, “El rol institucional del Poder Judicial de la Nación, en una reciente acordada de la Corte Suprema de Justicia”; *LL* 1991-C-741.
- EPSTEIN, Lee – SEGAL, Jeffrey A. – VICTOR, Jennifer, “Dynamic Agenda-Setting on the United States Supreme Court: An Empirical Assessment”, en *Harvard Journal on Legislation* [39 Harv. J. on Legis. 395].
- ESPIL, Felipe A, *La Suprema Corte federal y su jurisdicción extraordinaria*, Imprenta de Coni Hnos., Bs. As., 1915.
- ESPINOSA DÍAZ, Ana, “El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma”, en *Indret* (<http://www.indret.com/es>), Barcelona, nº 2, Marzo de 2010.
- ESTREICHER, Samuel - SEXTON, John, *Redefining the Supreme Court's role: a theory of managing the federal judicial process*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- EVANS, Timothy L., “A story of certiorari: Jordan v. Circuit Court of Lee County creates questions regarding the use of the writ of certiorari for interlocutory matters in Arkansas”, en *Arkansas Law Review* [60 Ark. L. Rev. 773], 2007.
- FABIANI, Ernesto, “Il sindacato della corte di cassazione sulle clausole generali”, en *Rivista di Diritto Civile*, 2004, pp. 581-620.

- FABIANI, Ernesto, “Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, standards valutativi e principi generali dell'ordinamento”, en *Foro italiano*, 1999-I, pp. 3558-3569.
- FABIANI, Ernesto, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, Utet, Torino, 2003.
- FABRE Martine, “La cassation sans renvoi en matière civile”, en *JCP / La Semaine Juridique – Edition Générale*, n° 38, 2001, Doctrine, I, 347, pp. 1715-1720.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “La doctrina legal y el control de los hechos en la casación civil y laboral española”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, 1969, t. II, pp. 1023-1138.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)”, en *Temas del ordenamiento procesal*, Tecnos, Madrid, 1969, t. I, pp. 195-235.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El control de los hechos en la casación (civil y laboral) española*, Separata de la Revista de Derecho Procesal, Ed. Colegio Nacional de Secretarios Judiciales, n° IV, Octubre-Diciembre 1967, pp. 17-122.
- FALCÓN, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- FALLON, Richard H. (Jr.), “As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing”, 113 *Harvard Law Review* 1321, 2000.
- FAPPIANO, Oscar L – LOAYZA T., Carolina, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1971-1995)*, Bs. As., Ábaco, 1999.
- FAYE, Ernest, *La cour de cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, Chevalier-Maresco et Cía., París, 1903.
- FAZZALARI, Elio, *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano, 1960
- FEDERAL JUDICIAL CENTER, “Report of the Study Group on the Caseload of the Supreme Court”, 57 *Federal Rules Decisions* 573 (1972).
- FELMAN, David, “Human Rights”, en: VVAA (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 541-523.

- FENNELL, Monica A., “Emergent identity: A comparative analysis of the new Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States”, *22 Temple International and Comparative Law Journal*. 279.
- FERNÁNDEZ, Raúl E., “El juicio por jurados y el deber de fundar la sentencia”, ponencia presentada en el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, disponible en: <http://www.procesalsantafe2011.com> (acceso: mayo 2012).
- FERRAJOLI, Luigi, “Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 291-304.
- FERREYRA, Raúl Gustavo, “Corte Suprema de Justicia argentina y control de constitucionalidad. Vicisitudes y retos del papel institucional del tribunal”, en VVAA [CARBONELL, Miguel: coord.], *Derecho Constitucional, Memoria*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004
- FISH, Peter G., “William Howard Taft and Charles Evans Hughes: Conservative politicians as chief judicial reformers”, en *Supreme Court Review*, 1975, pp. 123-145.
- FITZGERALD, Peter L., “Constitutional crisis over the proposed Supreme Court for the United Kingdom”, *18 Temple International and Comparative Law Journal* 233.
- FLAUSS, Jean François, “La sélection des recours et la Convention européenne des droits de l’homme”, VVAA [Dir.: AMRANI-MEKKI, Soraya – CADIET, Loïc], *La sélection des pourvois à la Cour de cassation*, Economica, 2005.
- FLEDMAN, Noah, *Scorpions: The Battles and Triumphs of FDR's Great Supreme Court Justices*, Twelve, New York – Boston, 2010.
- FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo* [trad.: LEGAZ LACAMBRA – GARRIDO FALLA – GÓMEZ DE ORTEGA Y JUNGE], Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958 (traducción al español de la 5º ed. alemana, 1955).
- FOUSSARD, Dominique, “Manque de base légale et création de la règle”, en VVAA (Dir.: MOLFESSIS, Nicolas), *La Cour de cassation et l’élaboration du droit*, Economica, 2004.
- FOWELL, Jason L., “The Private Securities Litigation Reform Act of 1995 Writ for Certiorari” en *South Texas Law Review* [44 S. Tex. L. Rev. 809], 2003.

- FRANKFURTER, Felix – LANDIS, James, *The business of the Supreme Court. A study in the Federal Judicial System*, Transaction Publishers, consultada la edición, New Brunswick, New Jersey, 2007.
- FRUS, Giorgio, “Il ricorso per cassazione c.d. ‘per saltum’: istituto inutile o da riscoprire?”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2000-1, pp. 151-177.
- GALLEGO, Richar F., “Comentarios al proyecto de reformas del Código Procesal Civil y Comercial de La Prov. de Rio Negro”, en *El Dial* del 26-IX-2005 (elDial.com – DC702).
- GARAPON, Antoine y PAPADOPOULOS, Ioannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura jurídica francesa y common law*, Legis, Chile, 1ª edición, 2006.
- GARAY, Alberto F. “Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio”, en *JA* 2008-II-1404
- GARAY, Alberto, “Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario”, *LL* 1990-E-984.
- GARAY, Alberto, “Los precedentes de la Corte y la importancia de los hechos de cada caso”, en *JA* del 3-VIII-2011.
- GARAY, Alberto, “Recurso extraordinario y resolución contraria”, en *LL* 1993-D-946.
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, 6º ed., Civitas, Madrid, 1993
- GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas, 3º ed., 1983.
- GARCÍA MACHO, Ricardo - Karl-PETER SOMMERMANN: *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Bundestag Alemán (Sección de Relaciones Públicas), Berlin, 2009.
- GASCON COTTI, Alfredo J., “El recurso de inconstitucionalidad”, *Temas de casación y recursos extraordinarios. En honor al Dr. Augusto M. Morello*, Platense, 1982, pp. 351 y ss.
- GELLI, María Angélica, “El writ of certiorari en perspectiva”, *LL* 1994-B-880.

- GEORGE, Tracey E. – SOLIMINE, Michael E., “Supreme Court Monitoring of the United States Courts of Appeals En Banc”, en *Supreme Court Economic Review* [9 S. Ct. Econ. Rev. 171], 2001.
- GIANNINI, Leandro J., “El recurso extraordinario de nulidad en la Provincia de Buenos Aires (algunos aspectos técnicos)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 291-345.
- GIANNINI, Leandro, “Jueces subrogantes y suplentes: Modelos para una adecuada solución del problema de las vacantes judiciales transitorias”, en *Microjuris*, edición del 24 de junio de 2009 (MJD4308).
- GIANNINI, Leandro, “La representatividad adecuada en los procesos colectivos”, en VVAA [OTEIZA, Eduardo: coord.], Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2006.
- GIANNINI, Leandro, “Legitimación en las acciones de clase”, *LL* 2006-E-916.
- GIANNINI, Leandro, “Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma”, en VVAA “Los procesos colectivos en la Ley General Ambiental. Propuestas de reforma”, [Coord.: BERIZONCE, Roberto O.], *Aportes para una justicia más transparente*, La Plata, Platense, 2009.
- GIANNINI, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Platense, La Plata, 2007.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “¿Es la República Argentina un Estado violador de los derechos humanos en virtud del art. 280 del CPCN?”, *JA* 2003-I-1325.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Las lecciones constitucionales del fallo ‘Casal’”, *LL* 2005-F-1536.
- GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso extraordinario por infracción procesal”, en VVA [Dir.: PICÓ I JUNOY, Joan], *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1998.
- GIMENO SENDRA, Vicente, “El recurso respañol de casación civil: perspectiva de reforma”, en VVAA [RAMOS, Manuel: coord.], *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Imprenta Revista de Legislación, Madrid, 1857.

- GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, Manuel Miguel, “Breve apunte sobre el acceso limitado a la casación en el sistema del libre acceso a los tribunales”, en VVAA [coord.: GIMENO SENDRA, José Vicente - CABEZUDO BAJO, María José], *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete*, Iustel, 2007.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *La función judicial en la Constitución Argentina*, Librería Nacional, Bs. As., 1911.
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán – MORELLO, Augusto M., “La Corte Suprema reasume su rol institucional”, en *JA* 2006-I-818.
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán - MORELLO, Augusto M., “Reformulación de la casación penal” *LL* 2005-F-106.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 8° edición, Bs. As., 2003.
- GOTTWALD, Peter, “Review Appeal to the German Federal Supreme Court after the reform of 2001”, en VVAA [ORTELLS RAMOS: coord.], *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, pp. 87-106.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., “La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada CS 4/2007”, en *LL* del 5 de mayo de 2010.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., “Necesidad de una Cámara Nacional de Casación Civil”, en *LL* del 11-IX-2012.
- GRECCO, Carlos M., “La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”, *LL* 1980-D-1036.
- GRESSMAN, Eugene – GELLER, Kenneth S. – SHAPIRO, Stephen M. – BISHOP, Timothy S. – HARTNETT, Edward A., *Supreme Court Practice: for practice in the Supreme Court of the United States*, BNA Books, Arlington, 9° ed., 2007 (orig.: STERN, Robert L. – GRESSMAN, Eugene, *Supreme Court practice: jurisdiction, procedure, arguing and briefing techniques, forms, statutes, rules for practice in the Supreme Court of the United States*, 1° ed., 1950).
- GUASTAVINO, Elías, *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Roca, Bs. As., 1992.

- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* [trad.: Jordi FERRER i BELTRÁN], Gedisa, Barcelona, 1999.
- GUNTHER, Gerald, “The subtle vices of the ‘passives virtues’. A comment on principle and expediency in judicial review”, en *Columbia Law Review*, vol. 64, 1964, pp. 1-25.
- GUNTHER, Gerald, *Constitutional Law*, Foundation Press, Mineola, New York, 11º ed., 1985.
- HADFIELD, Brigid, “Constitutional Law”, en: VVAA (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 499-523.
- HALE, Brenda, “A Supreme Court for the United Kingdom?”, *Legal Studies*, vol. 24 (2004), pp. 36-54.
- HALE, Brenda, “Non-discrimination and equality”, en: VVAA (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 574-593.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution: 1790-1799*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1987.
- HAMMOND, Thomas - BONNEAU, Chris - SHEEHAN, Reginald, *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*, Stanford University Press, 2005.
- HANNAH, Jessica L. – MC LAUGHLIN, Kevan P. ““On certiorari to the Ninth Circuit Court of Appeals’: the Supreme Court’s review of Ninth Circuit cases during the October 2006 term”, en *Golden Gate University Law Review* [38 Golden Gate U.L. Rev. 409], 2008.
- HARO, Ricardo, “El control de oficio de contitucionalidad”, en *ED* 64-645
- HARO, Ricardo, *La Competencia Federal*, Depalma, Bs. As., 1989.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho* [trad.: Genaro CARRIÓ –orig.: *The concept of law*, Oxford University Press, 1961-], 2º ed., Abeledo-Perrot, 2º edición, 1968.
- HARTNETT, Edward A., “Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the judges’ bill”, en 100 *Columbia Law Review* 1643.

- HELGUERA, María del C. - DURÁN, Claudia - CORVA, María A., “Antecedentes Históricos”, capítulo primero de la obra colectiva *Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires –Historia, organización, competencia-*, Ed. Función Pública, La Plata, 1997.
- HELLMAN, Arthur D. “The Shrunken Docket of the Renquist Court”, *Supreme Court Review* 403, 1996, pp. 7-44.
- HÉRCULES, “Aplicación del certiorari en el ámbito del recurso ‘ordinario’ de apelación ante la Corte Suprema”, en *JA* 2002-IV-735.
- HÉRCULES, “El caso ‘Itzcovich’, o de cómo la Corte se pone el traje de legislador”, *JA* 2005-II-739.
- HÉRCULES, “La sala discreción de la Corte viola el principio de igualdad”, en *JA* 2005-II-785.
- HERRENDORF, Daniel, “La Corte Suprema asume la defensa de sí misma para proteger las instituciones. Concierto sin bemoles para cuatro violines”, *ED* 135-981, 1989.
- HIGGINS, Rosalyn, “International Law”, en *VVAA* (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 457-482.
- HITTERS, Juan C. – FAPPIANO, Oscar O., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, Bs. As., 2º ed., 2007-2012 (orig.: HITTERS, Juan C., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Ediar, 1993).
- HITTERS, Juan C., “Algo más sobre proceso trasnacional”, *ED* 162-1020.
- HITTERS, Juan C., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución”, en *ED* 164-1238
- HITTERS, Juan C., “Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes (Necesidad de que la Corte Nacional rectifique su doctrina)”, *ED* 116-896
- HITTERS, Juan C., “Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y de convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, enero-junio 2008, pp. 131-155.
- HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Platense, 2º ed., 1998.

- HITTERS, Juan C., *Técnica de los recursos ordinarios*, Platense, 2º ed. [con la colaboración de Manuel O. HERNÁNDEZ.], 2004
- HOCKL, María Cecilia – DUARTE, David, *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Legis, Bs. As., 2006.
- HOPE, David, “Law Lords in Parliament”, en VVAA (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 164-177.
- HYRE, James, “United Kingdom’s Declaration of Judicial Independence: Creating a Supreme Court to Secure Individual Rights Under the Human Rights Act of 1998”, *73 Fordham Law Review* 423.
- IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *La organización judicial argentina*, La Facultad - Bernabé y Cía, Bs. As., 1938.
- IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1º ed., 1957.
- IBARLUCÍA, Emilio A., “Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *ED* del 17-II-2006.
- IMAZ, Esteban – REY, Ricardo, *El recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 3º ed., 2000.
- IRIGOYEN, Bernardo de, *Justicia Nacional. Apuntes sobre la jurisdicción de la Corte Suprema*, Imp. Europea, 1903
- IZZO, Silvia, “Sui limiti del ricorso incidentale condizionato su questioni pregiudiziali di rito”, en *Giurisprudenza italiana*, 2009, pp. 2731-2735.
- JACK, Adrian, “Permission to appeal: revisited”, en *155 New Law Journal* 910 (2005).
- JACOBS, Francis – ANDERSON, David, “European Influences” en: VVAA (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 483-500.
- JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina - BARRETO ROZO, Antonio, “El problema del procesamiento de información en la selección de tutelas por la Corte Constitucional, con especial atención al papel de las insistencias”, en *Colombia Internacional*, n° 72, 2010.

- JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle– BACHELLIER, Xavier, *La technique de cassation. Pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, Paris, 6° ed., 2006.
- JOHNSTONE, Douglas, “The two most common fatal defects in petitions for writs of certiorari”, en *The Alabama Lawyer* [64 Ala. Law. 166], 2003.
- KAZUKO FUJIOKA MOLOGNI, Celina - PITELLI ZAMARIAN, Livia, “A Repercussão Geral Como Novo Requisito de Admissibilidade do Recurso Extraordinário”, en *UNOPAR Científica Jurídica e Empresariais*, Londrina, v. 9, n. 1, Mar. 2008, pp. 37-46.
- KOMMERS, Donald P., “An Introduction to the Federal Constitutional Court”, 2 *German Law Journal* (2001).
- LASSO GAITE, Juan Francisco, “Evolución histórica de la casación civil en España”, en *Revista de Derecho Procesal iberoamericana*, Madrid, 1971, pp. 127-183.
- LE BARS, Thierry, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, Ed. LGDJ, 1997.
- LE SEUR, Andrew – CORNES, Richard, “What do the top courts do?”, *UCL The Constitution Unit*, Junio 2000 (disponible en: <http://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/59.pdf> [Último acceso: enero 2012])
- LE SEUR, Andrew, “Panning for gold: Choosing Cases for Top-level Courts”, en VVAA [Ed.: LE SEUR, Andrew], *Building the UK's New Supreme Court. National and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 271-292.
- LE SEUR, Andrew, “The Conception of the UK's New Supreme Court”, en VVAA [Ed.: LE SEUR, Andrew], *Building the UK's New Supreme Court. National and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 3-20.
- LEDESMA, Ángela, “Algunas reflexiones sobre las funciones de los tribunales de casación”, en VVAA [Coord.: BERIZONCE, Roberto – HITTERS, Juan Carlos – OTEIZA, Eduardo], *El papel de los Tribunales Superiores*, Segunda Parte, 2008, pp. 66-74.
- LEGARRE, Santiago, “Una puesta al día en materia de ‘certiorari’”, en *LL* 2004-A-1267.
- LEGARRE, Santiago, *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1994.

- LERAT, Christian, *La Cour Supreme des Etats-Unis: pouvoirs et evolution historique*, Presses universitaires de Bordeaux, Talence, 5° ed., 1991.
- LEUCHTENBURG, William, “The origins of Franklin D. Roosevelt ‘Court Packing’ Plan”, en *Supreme Court Review*, 1966, pp. 340-400.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Doxa, Madrid, n° 25, Alicante, 2002, pp. 413-439.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987.
- LINARES, Juan Francisco, *La razonabilidad de las leyes*, Astrea, 2° ed. (1° reimpresión), 1989.
- LINARES, Juan Francisco, *Poder discrecional administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958.
- LITTLE, Joseph W., “The Workload of the United States Supreme Court: Ruling the Pen with the Tongue”, en *The Journal of Legal Profession*, vol. 6, 1981-1982, pp. 51-73.
- LITTMAN, Mark, “Appellate advocacy: a view from the Bar”, en VVAA (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 423-426
- LONG, Thomas J., “Deciding whether conflicts with Supreme Court precedent warrant certiorari”, en *New York University Law Review* [59 N.Y.U.L. Rev. 1104], noviembre 1984.
- LOOS, Tracy M., “Name-Clearing Hearings, Gratuitous Remedies, and Common Law Writs of Certiorari-Are They Worth Their Weight in Gold? *Southern Illinois University Law Journal*, [22 S. Ill. U. L. J. 201], 1997.
- LÓPEZ CUELLAR, Nelcy, *Estudio de la Selección y revisión de las tutelas en la Corte Constitucional*, Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *El interés casacional*, Madrid, Civitas, 2002.
- LUGONES, Narciso J., *Recurso extraordinario*, Lexis Nexis, Bs. As., 2° ed., 2002 (orig.: 1°ed., Depalma, 1992).
- LUISO, Francesco, *Diritto Procesuale Civile*, Giuffrè, Milano, 5° ed., 2009.

- LYNCH, Horacio M – STANGA, Silvana, *Reformas en la Corte Suprema*, Buenos Aires, FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia), 1987.
- MALAVER, Antonio, *Curso de procedimientos judiciales en materia civil y mercantil*, Imp. Coni, Bs. As., 1875
- MALONE GARRISON, Heather, “Confusion reigns supreme: the United States Supreme Court’s refusal to grant certiorari in *L. R. Willson and Sons, Inc. v. OSHRC* perpetuates the split among circuits in osha employee misconduct cases”, *West Virginia Law Review* [101 W. Va. L. Rev. 475] 1998.
- MALTZMAN, Forrest - SPRIGGS James F. II, WAHLBECK Paul J., *Crafting Law on the Supreme Court: The Collegial Game*, Cambridge University Press, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme - MITIDIERO, Daniel Francisco, *Repercussão geral no recurso extraordinário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- MARTY, Gabriel, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Recueil Sirey, Paris, 1929.
- MATEOS, Fernando, “El precedente ‘Casal’ y sus obiter dicta subyacentes: las respuestas jurisdiccionales estereotipadas. Conceptos transfundibles a la casación provincial”, *LNBA* 2007-4-369.
- MAUTE, Judith L., “English Reforms to Judicial Selection: Comparative Lessons for American States?”, 34 *Fordham Urban Law Journal* 387, 2007.
- MC KENNA, Marian C., *Franklin D. Roosevelt and the Great Constitutional War: The Court Packing Crisis of 1937*, Fordham University Press, New York, 2002.
- MEDINA, José Miguel Garcia – WAMBIER, Luiz Rodrigues - ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa, “Repercussão geral e súmula vinculante”, en *VVAA Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 373-374.
- MENCHINI, Sergio, “Giurisdizione amministrativa esclusiva e ricorso per Cassazione, ex art. 111, comma 7, Cost.”, en *VVAA* [a cura di FAZZALARI, Elio], *Diritto Processuale Civile e Corte Costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

- MERCADER, Amílcar, *Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento*, Ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939.
- MERIWETHER CORDRAY, Margaret – CORDRAY, Richard, “Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship Between Certiorari and the Merits”, *Ohio State Law Journal* [69 Ohio St. L.J. 1], 2008.
- MERIWETHER CORDRAY, Margaret – CORDRAY, Richard, “The philosophy of certiorari: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection”, *Washington University Law Quarterly* [82 Wash. U. L. Q. 389], 2004.
- MERIWETHER CORDRAY, Margaret – CORDRAY, Richard, “The Supreme Court’s Plenary Docket”, 58 *Washington & Lee Law Review* 737, 2001.
- MONETA, Gabriele, “La cassazione civile e i suoi contrasti di giurisprudenza del 1990”, en *Contratto e impresa*, 1992, pp. 1245 y ss.
- MONETA, Gabriele, *Conflitti giurisprudenziali in Cassazione. I contrasti della Cassazione civile dal settembre 1993 al dicembre 1994*, Padova, 1995.
- MONETA, Gabriele, *Mutamenti nella giurisprudenza della Cassazione civile. Ottocentosessantasette casi di contrasto nel quinquennio 1988-1992*, Padova, 1993.
- MONTERISI, Ricardo D. - ROSALES CUELLO, Ramiro, “La sentencia arbitraria como vulneración al debido proceso: su tutela doméstica y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *JA* 2005-I-474
- MONTERO AROCA, Juan – FLORS MATIES, José, *El recurso de casación civil (casación e infracción procesal)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Ed. Forense, 8º ed., 1999.
- MORELLO, A. M., “La doctrina de la arbitrariedad de sentencia ante la barrera del certiorari negativo”, *ED* 171-1077.
- MORELLO, Augusto M. – ROSALES CUELLO, Ramiro, “La Corte Suprema, El tribunal intermedio y los justiciables”, en *LL* 1998-II-894.
- MORELLO, Augusto M.– SOSA, Gualberto L.– BERIZONCE, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, Platense, 2º ed., 1988.

- MORELLO, Augusto M., “De nuevo sobre los defectos incurridos por la Corte Suprema en su técnica sentencial”, en *JA* 1993-III-482.
- MORELLO, Augusto M., “Ley 48. Reformas. Avances” *ED* 119-869.
- MORELLO, Augusto M., “Recurso extraordinario. Reformas”, en *JA* 1985-I-761.
- MORELLO, Augusto M., “Tribunal intermedio. Sentencia arbitraria. Reafirmación de las provincias en el control casacional”, en *DJ* 2003-2-354.
- MORELLO, Augusto M., “Un proyecto que procura acoger el certiorari en la Suprema Corte de Buenos Aires, y que no debe prosperar”, en *JA* 1996-II-889.
- MORELLO, Augusto M., *Admisibilidad del recurso extraordinario (El ‘certiorari’ según la Corte Suprema)*, Platense, La Plata, 1997.
- MORELLO, Augusto M., *Cuestiones procesales de derecho comparado español – argentino*, Platense, La Plata, 1987.
- MORELLO, Augusto M., *El recurso extraordinario*, Platense, La Plata, 2º ed. (reelaborada con la colaboración de Ramiro ROSALES CUELLO), 1999.
- MORELLO, Augusto M., *La Casación. Un modelo intermedio eficiente*, Platense, 2º ed., 2000.
- MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en acción*, Platense, 1989.
- MORELLO, Augusto M., *La nueva etapa del recurso extraordinario. El “certiorari” (Ley 23.774)*, Platense, La Plata, 1990.
- MORÓN PALOMINO, Manuel, *La nueva casación civil*, Colex, Madrid, 2001.
- MOSCA, Carlos M., “La reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Reforma necesaria y sustancial”, en *LL* 1990-D-1167.
- NIEVA FENOLL, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Bosch, Barcelona, 2000.
- NIEVA FENOLL, Jorge, *El recurso de casación civil*, Ariel, Barcelona, 2003.
- NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Bs. As., 2º edición, 13º reimpr., 2005.
- NORTH, Peter [Sir], “The United Kingdom - An Era of Constitutional Change”, *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal* 99 (2000).
- O’BRIEN, David M., “Join-3 Votes, the Rule of Four, the Cert. Pool, and the Supreme Court’s Shrinking Plenary Docket”, 13 *Journal of Law & Politics* 779 (1997).

- OCLESE, Juan M. “La institución del certiorari repugna al concepto nacional del derecho de defensa, JA 1997-IV-981.
- OLCESE, Juan María, “La resolución del certiorari ¿Admite la expresión de disidencias?”, en *El Dial.com*, del 7-VIII-2003 (DC2C6).
- OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa Cruz, “Reforming the Brazilian Supreme Federal Court: a comparative approach”, en *Washington University Global Studies* [5 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 99], 2006.
- ORIANI, Renato, “Sulli effetti delle sentenze d’incostituzionalità di norme processuali”, en VVAA [a cura di FAZZALARI, Elio], *Diritto Processuale Civile e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 317-360.
- ORSI, René S., “El Poder Judicial de Buenos Aires según la Convención Constituyente de 1870-1973”, en SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. *Centenario (1875-1975)*, La Plata, 1975, pp. 30-66.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, “La Casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo”, en VVAA (ORTELLS RAMOS, M., coord.), *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2010, pp. 31-86.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, “La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho español: Las técnicas de ‘unificación de doctrina’ y de ‘interés casacional’”, en VVAA (ORTELLS RAMOS, M., coord.), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts in Europe*, Difusión, Madrid, 2008, pp. 163-231.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, pp. 889-932.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 10º ed., 2010.
- OSSA SANTAMARIA, Julio A., “El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”, en VVAA: *Hacia un nuevo Derecho Constitucional* [Daniel BONILLA - Manuel ITURRALDE: Editores], Universidad de los Andes, Bogotá, pp. 385-421.
- OTEIZA, E., “El pedido de aclaratoria y los recursos extraordinarios”, en *LL* 1992-A-705.

- OTEIZA, E., “El pedido de aclaratoria”, en GOZAÍN, O. (coord.), *Recursos Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 59.
- OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo “Halabi”?”, en *JA* del 10/3/2010, *LexisNexis* n° 0003/014882, 2010.
- OTEIZA, Eduardo, “El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 3, n° 1, 1998, pp. 71-85.
- OTEIZA, Eduardo, “El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte”, en *JA* 1998-I-706
- OTEIZA, Eduardo, “Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN”, en VVAA [OTEIZA: coord.], *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 363-408.
- OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema, entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Platense, La Plata, 1994.
- OYHANARTE, Julio, “Reformas en la Corte Suprema”, en *Diario La Nación*, del 5-IX-1987.
- PADILLA, Miguel M., “El art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el derecho al acceso a la justicia”, *LL* 1992-E-358
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia, *Competencia Federal Civil – Penal*, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia, *El recurso extraordinario federal*, La Ley, Bs. As., 2002.
- PALACIO, L. E., *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2° ed., 2001.
- PALACIO, Lino E., “Experiencia del denominado ‘certiorari argentino’”, *LL* 1995-E.
- PALACIO, Lino, *El recurso extraordinario federal*, Abeledo Perrot, 3° ed., 2001.

- PALMER, Barbara, “The ‘Bermuda triangle?’ the cert pool and its influence over the Supreme Court's agenda”, en *Constitutional Commentary* [18 Const. Commentary 105], 2001.
- PASSANANTE, Luca, “Processo civile inglese”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giufré, Milano, Annali, vol. III, pp. 960-1017.
- PASSI LANZA, Miguel A., “Límites de las facultades legislativas de las Provincias en materia procesal”, *LL* 128-783.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “Efficienza e Garanzie: I Nuovi Istituti Processuali In America Latina”, relato general presentado en las Jornadas *La giustizia civile tra efficienza e garanzie*, Bari, 7 y 8 de octubre de 2011.
- PERDRIAU, André, “La non-admission des pourvois”, en *JCP / La Semaine Juridique – Edition Générale*, n° 47, 2002, pp. 2061-2071.
- PERELMAN, Ch. – OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* [trad.: Julia SEVILLA MUÑOZ], Gredos, Madrid, 1994.
- PERELMAN, Charles, *La lógica jurídica y la nueva retórica* [trad.: Luis DIEZ PICAZO], Civitas, Madrid, 1979
- PÉREZ RAGONE, Álvaro - ORTIZ PADILLO, Juan Carlos, *Código Procesal Civil Alemán [ZPO]. Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2006.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro, “La reforma del proceso civil alemán. Principios rectores, primera instancia y recursos”, en VVAA (MARINONI, Luiz Gilherme: coord.), *Estudos de Direito Processual Civil*, Ed. Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, pp. 728-754.
- PÉREZ TEMPS, Pablo, “La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 7, 1999, pp. 139 y ss.
- PERRY (Jr.), *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1991.
- PERRY SENTELL Jr., R., “Lightening the load: in the Georgia Supreme Court” en *Georgia Law Review* [37 Ga. L. Rev. 697], 2003.
- PEYRANO, Jorge W., *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Astrea, 1978.

- PINTO, Valentina Mello Ferreira, “A comparison between the writ of certiorari in the United States and the extraordinary appeal’s general repercussion requisite in Brazil”, en *Revista de Processo*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, n° 187, 2010, pp. 113 y ss.
- POLI, Roberto, “Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione”, en *Rivista di diritto processuale*, vol. 65, n° 2, 2010, pp. 363-384.
- PRÓCULO, “Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia”, *LL* 92-319.
- PROTO PISANI, Andrea, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 4° ed., 2002.
- PUGA GÓMEZ, Santos, “El interés casacional; Auto del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2004”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 676/2005, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2005.
- PUIG BRUTAU, “Como ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953.
- QUEIROLO, Ilaria, “Conoscenza del diritto straniero e contraddizioni della giurisprudenza italiana”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, CEDAM, Padova, 2010, vol. 46, fasc. 3, pp. 603-634.
- REALI, Giovanna, “Art. 360 bis. Inammissibilità del ricorso” en *VVAA* (a cura di: Franco CIPRIANI), *La riforma del giudizio di cassazione*, Dorigo, Padova, 2009, pp. 117-148.
- RENQUIST, William H., *The Supreme Court*, 2° ed., Vintage Books, New York. 2001 (orig: *The Supreme Court. How it was. How it is*, William Morrow & Company, New Yor, 1° ed., 1987).
- REVERÓN PALENZUELA, Benito, “Interés casacional y Tribunal Constitucional. La convalidación constitucional de un acuerdo de dudosa constitucionalidad”, en *Aranzadi Civil*, n° 3/2005, Aranzadi, Pamplona, 2005 [en *Wstlaw.es*: BIB 2005/842].
- RIVERA, Julio César [h] - LAGARRE, Santiago, “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”, en *Lecciones y Ensayos*, Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° 86, 2009, pp. 321-350.

- ROSALES CUELLO, Ramiro, “Debido proceso, arbitrariedad y tribunal intermedio (Factible creación de un tribunal para el control de las sentencias viciadas de arbitrariedad)”, en *LL* 2003-IV-1149.
- ROSALES CUELLO, Ramiro, “Un Tribunal necesario (Factible creación de un tribunal para el control de las sentencias viciadas de arbitrariedad)”, en *LL* 1993-C-999.
- ROTA, Fabio, “Contratti collettivi in Cassazione, tra nomofilachia e ‘autosufficienza del ricorso’”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, 12 de diciembre de 2007, pp. 1373-1380.
- RUIZ ZAPATERO, Guillermo, “La limitación del derecho de acceso a los recursos de casación y amparo constitucional”, en *Quincena Fiscal*, n° 8/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008 [*Westlaw.es*: BIB 2008/541].
- SABEL, Celeste, “Forget everything you knew about alabama certiorari practice!”, *The Alabama Lawyer* [64 Ala. Law. 323], 2003.
- SABELLI, Héctor E., “¿Quién reforma el procedimiento judicial de la Seguridad Social? ¿La Corte Suprema o el Congreso?”, *RDLSS*, n° 9, mayo 2005, p. 690.
- SABELLI, Héctor E., “El rechazo ‘sin motivación’ del recurso extraordinario cuando la cuestión federal es intrascendente, ¿es constitucional? (sobre el *certiorari* criollo)”, en *JA* 2003-I-1343
- SABELLI, Héctor, “Cómo trabaja la Corte”, en *JA* 2007-I-1163.
- SAGÜÉS, María Sofía, “Recurso extraordinario federal y gravedad institucional”, en VVAA (Manili, Pablo: coord.) *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Universidad, 2005, pp. 385-421.
- SAGÜÉS, Nestor P., “La prohibición de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas. Un problema de sociología judicial”, *LL* 1981-A-841
- SAGÜÉS, Nestor P., “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *ED* 93-891.
- SAGÜÉS, Nestor P., “El ‘writ of certiorari’ argentino (las reformas de la ley 23.774, respecto al recurso extraordinario)”, en *LL* 1990-C-717.
- SAGÜÉS, Néstor P., “Interpretación constitucional y alquimia constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 1, enero – junio 2004, p. 151-170.

- SAGÜÉS, Nestor P., *Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario*, Astrea, Bs. As., 4° ed., 2002.
- SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976.
- SALAS DARROCHA, Josep Tomás, “El requisito de una especial trascendencia constitucional en el recurso de amparo (art. 50.1.b LOTC).”, en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n° 10/2008, Aranzadi, Pamplona, 2008.
- SALGADO, José María, “La obligatoriedad de los precedentes de la Corte Suprema”, en VVAA: FALCÓN, Enrique (Director), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, 2010, t. II, pp. 783-899.
- SAMARES ARAS, Carmen, “Recurso de casación por interés casacional y posible control casacional de la valoración de los hechos realizada por el tribunal de instancia”, *Cuadernos Lacruz Berdejo*, n° 2, 2005 (<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=246> -último acceso: mayo 2012-).
- SANTOS FERNANDES GÓES, Gisele, “Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais”, en VVAA (Coord.: José Miguel GARCÍA MEDINA - Luana Pedrosa de Figueiredo CRUZ – Luis Otavio SEQUEIRA DE CERQUEIRA - Luiz Manoel GOMES JUNIOR), *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*, Ed. Revista Editora dos Tribunais, 2008, pp. 87-93.
- SBDAR, Claudia B., “Presente y futuro del recurso extraordinario federal. El rol de la Corte Suprema de la Nación”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 10, 2008, pp. 217-248.
- SCELZI, José L., “La Acordada 44 y la independencia del Poder Judicial (Necesidad de reformar el sistema constitucional para la designación de jueces)”; ED 135-981.
- SCELZI, José L., “La Acordada 44 y la independencia del Poder Judicial (Necesidad de reformar el sistema constitucional para la designación de jueces)”, LL 1991-C-741.
- SCHMIDHAUSER, John R., *The Supreme court: its politics, personalities and procedures*, New York, Holt, Rinehart & Winston, 1960.

- SCHNEIER, William J., “1983-1984 Term: Part II: Federal Court: The Do's And Don'ts of Determining the Precedential Value of Supreme Court Summary Dispositions”, *Brooklyn Law Review* [51 Brooklyn L. Rev. 945].
- SCHWABE, Jürgen [compilador], *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán* [traducción: Marcela ANZOLA GIL - Emilio MAUS RATZ, Konrad Adenauer Stiftung, 2009].
- SEDLACEK, Federico D., “Casal, casación y máximo rendimiento: un ‘bypass convencional’ para los tribunales orales de instancia única”, en *EIDial.com*, 24-VIII-2011.
- SEGAL, Jeffrey A. “Amicus curiae briefs by the solicitor general during the Warren and Burger Courts. A reserch note” en *The Western Political Quarterly*, vol. 41, 1998.
- SENADO DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, 6º sesión extraordinaria, 27 de febrero de 2008.
- SENADO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, 5º sesión ordinaria, 9 de mayo de 2002.
- SENADO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, *Diario de Sesiones*, 7º sesión ordinaria, 6 de junio 2002.
- SENTÍS MELENDO, S., “Aclaratoria de la sentencia”, *Rev. de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1946.
- SERRA DOMÍNGUEZ, “El recurso de casación en la LEC1/2000”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 100, nº 4, 2001.
- SESÍN, Domingo, “Control judicial del ejercicio de la discrecionalidad y de los actos políticos”, en VVAA (CASSAGNE, Juan C. coord.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo*, La Ley, t. I, pp. 693-739.
- SHAPIRO, Carolyn, “The Limits of the Olympian Court: Common Law Judging versus Error Correction in the Supreme Court”, en *63 Washington & Lee Law Review* 271 [2006].
- SILVA, Bruno Mattos e, “O STF e a repercussão geral no Recurso Extraordinário”, en *Jus Vigilantibus*, Terça-feira, 23 de outubro de 2007 (on line em: <http://jusvi.com/artigos/29259> -último acceso: septiembre 2010-).

- SILVA, José Alfonso da, *Do recurso extraordinario no direito processual brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1963.
- SILVESTRI, Elisabetta, “La novità in tema di giudizio di cassazione”, en VVAA [Dir.: TARUFFO, Michele], *Il processo civile riformato*, Zanichelli ed., Bologna, 2010.
- SILVESTRI, Elisabetta, “Le Corti Supreme Europee: acceso, filtri, selezione”, en VVAA, *Le Corti Supreme. Atti del Convegno, Perugia, 5-6 maggio 2000*, Milano, Giuffrè, 2001.
- SILVESTRI, Elisabetta, nota al art. 360 bis, en CARPI, Federico – TARUFFO, Michele [dir.], *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, 6° ed., 2009.
- SKOLD, Michael, “The Reform Act's Supreme Court: A Missed Opportunity for Judicial Review in the United Kingdom?”, 39 *Connecticut Law Review* 2149, 2007.
- SKOTNICKI, Michael, “Why was your petition for a writ of certiorari denied?: the importance of procedural compliance with rule 39” en *The Alabama Lawyer* [58 Ala. Law. 348], 1997.
- SMITH, Juan C., voz “Jurisprudencia” en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, p. 621.
- SMITH, Kevin H., “Certiorari and the Supreme Court agenda: an empirical analysis”, *Oklahoma Law Review* [54 Okla. L. Rev. 727], 2001.
- SMITH, Kevin, “Justice for all?: the Supreme Court's denial of pro se petitions for certiorari”, en *Albany Law Review* [63 Alb. L. Rev. 381], 1999.
- SOLIMINE, Michael E. – GELY, Rafael, “The supreme court and the dig: an empirical and institutional analysis”, en *Wisconsin Law Review* [2005 Wis. L. Rev. 1421].
- SPENCER, “Criminal Law”, en: VVAA (BLOM-COOPER, Louis – DICKSON, Brice – DREWRY, Gavin –ed.-), *The Judicial House of Lords: 1870-2009*, Oxford University Press, New York, 2009, pp. 595-612.
- SPOTA, Alberto A., *Recurso extraordinario. Estado y evolución actual de la jurisprudencia*, La Ley, Bs. As., 2001.
- STARR, Kenneth, “The Supreme Court and Its Shrinking Docket: The Ghost of William Howard Taft”, en 90 *Minnesota Law Review* 1363.

- STEAMER, Robert J., *The Supreme Court in crisis: a history of conflict*, University of Massachusetts Press, 1971.
- STEVENS, John P., “The Life Span of a Judge Made Rule”, en *New York University Law Review* [58 NYU L. Rev. 1], 1983.
- STRAS, David R., “The Supreme Court gatekeepers” en *Texas Law Review* (85 Tex. L. Rev. 947), 2007.
- STRAUSS, Peter, “One hundred and fifty cases per year: some implications of the Supreme Court’s limited resources for judicial review of agency action”, en 87 *Columbia Law Review* 1093 (1987).
- STREET, Aaron – YOUNG, Evan, “What really goes on in the U.S. Supreme Court?”, conferencia presentada en la *20th Annual Conference on State and Federal Appeals*, Austin, Texas, 2010.
- STROHM, Erik, “El recurso extraordinario de hoy”, *JA* 1954-II-4.
- STURLEY, Michael F., “Observations on the Supreme Court's Certiorari Jurisdiction in Intercircuit Conflict Cases”, en *Texas Law Review* [67 Tex. L. Rev. 1251], 1989.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE BUENOS AIRES. *Centenario (1875-1975)*, La Plata, 1975
- SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2009-2010*. London, Stationery Office, 2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Regimento Interno [atualizado até agosto de 2010 – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Engênia Vitória Ribas]*, Brasília, STF, 2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Gabinete da Presidencia, *Repercussão Geral*, Março 2010.
- SWANSON, Joseph W., “Experience matters: the rise of a Supreme Court bar and its effect on certiorari”, en *The Journal of Appellate Practice and Process* [9 J. App. Prac. & Process 175], 2007.
- TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

- TARUFFO, Michele, “Ideas para una teoría de la decisión justa”, en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la Justicia civil* [trad.: Bratríz QUINTERNO], Temis, Bogotá, 2006.
- TARUFFO, Michele, “Le ultime riforme della giustizia civile”, en VVAA [Dir.: TARUFFO, Michele], *Il proceso civile riformato*, Zanichelli Ed., Bologna, 2010.
- TARUFFO, Michele, “Precedente e giurisprudenza”, en VVAA *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, pp. 795-810 (con traducción al español de Claudia MARTÍNEZ VALLECILLA y Fernando GANDINI: “Precedente y jurisprudencia”, en *Precedente. Anuario Jurídico*, Cali, Colombia, 2007, pp. 85-99).
- TARUFFO, Michele, “Una riforma della cassazione civile?” en, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, vol. 60, n° 3, 2006.
- TARUFFO, Michele, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil* [Traducción: Juan J. MONROY PALACIOS – Juan J. MONROY GÁLVEZ], Palestra, Lima, 1° ed., 2006.
- TARUFFO, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975.
- TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos* [traducción: Jordi FERRER BELTRÁN], Trotta, Madrid, 2° ed., 2005.
- TAWIL, Guido S., “La Suprema Corte de los Estados Unidos y su competencia en grado de apelación”, *LL* 1989-C-1208.
- TAWIL, Guido S., *El recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1990.
- TESSONE, Alberto, “Funciones de las Cortes Provinciales”, en VVAA (OTEIZA, Eduardo: coord.), *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 151-165.
- TESSONE, Alberto, *Recursos extraordinarios. Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Platense, La Plata, 2007.
- THOMPSON, David C. – WACHTELL, Melanie F., “An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for the views of the Solicitor General”, *George Mason Law Review* [16 Geo. Mason L. Rev. 237], 2009.
- TIBERI, Todd J., “Supreme Court denials of certiorari in conflicts cases: percolation or procrastination?”, *University of Pittsburgh Law Review* [54 U. Pitt. L. Rev. 86], 1993.

- TIRIO, Fabio, *Il writ of certiorari davanti alla Corte suprema. Principi, strategie, ideologie*, Giuffrè, Milano, 2000.
- TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso extraordinario ante la Corte Suprema*, Bs. As., Ábaco, 2003.
- TRIBIÑO, Carlos R., *El recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema*, Ed. Ábaco, Bs. As., 2003.
- TRIBIÑO, Carlos, “Aspectos sustanciales y formales del certiorari en el recurso extraordinario”, *JA* 2005-III-1358.
- TRIONFETTI, Víctor, “Reflexiones acerca del art. 280 del CPCCN: un aporte constructivo a la ley 402”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año II, n° 3, 2001, pp. 313-324.
- VALLEFÍN, Carlos, *El acceso a la información pública. Una introducción*, Ad Hoc, Bs. As., 2009.
- VANOSSI, Jorge R., “Constitución, Jurisprudencia y ‘writ of certiorari’”, *JA* 10-III-1964.
- VANOSSI, Jorge R., “La competencia por apelación extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *JA* 1982-II-627.
- VANOSSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, “El recurso extraordinario”, en *Prudentia Iuris*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Bs. As., n° 53 (2000).
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, “La extensión jurisprudencial del control de constitucionalidad por obra de la Corte de la Argentina (Balance de una década de ‘certiorari’ criollo)”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Año XLV – Segunda Época – N° 38 – Diciembre 2000.
- VARELA, Luis V. (Dir.), *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires: 1870-1873*, consultada la reimpresión: La Plata, 1887.
- VÁSQUEZ SOTELO, José L., *La casación civil (revisión crítica)*, Ediser, Barcelona, 1979.

- VÁSQUEZ SOTELO, José Luis, “El modelo español de casación (configuración histórica y evolución legislativa)”, en *VVAA: Scritti in onore di Elio Fazzalari*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 355-429.
- VENTURA ROBLES, Manuel E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: necesidad inmediata de convertirse en un tribunal permanente (efectos de la aplicación del cuarto Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de junio de 2001 a junio de 2004, en relación con el artículo 44.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)”, en CANÇADO TRINDADE, Antônio A. - VENTURA ROBLES, Manuel E, *El futuro de la Corte Intreramericana de Derechos Humanos*, 3º ed., San José de Costa Rica, Alto Comisionado de Naciones Unidas para Refugiados, 2005, pp. 361-421.
- VIDAL, Armando, “El Diputrucho cumple 10 años”, en *Diario Clarín*, edición del 26-II-2002.
- VIDAL, Armando, “Hoy se cumplen 15 años del diputrucho”, en *Diario Clarín*, edición del 26-III-2007.
- VIDAL, Armando, *El Congreso en la trampa*, Planeta, Bs. As., 1995.
- VINSON, Fred, “Work of the federal courts”, Exposición ante la *American Bar Association*, 1949.
- VITALE, Gustavo L., “La indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba (el ilegítimo ‘certiorari’ al revés)”, en *JA* 2003-II-1244
- VIVALDI, Paola, “In tema di applicazione giudiziale del diritto straniero”, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 585-602.
- VVAA [SIMON, Denys: Dir.] “La Cour de cassation et la construction juridique européenne”, en COUR DE CASSATION, *Rapport annuelle 2006*.
- WACHTELL, Melanie F., “An empirical analysis of Supreme Court certiorari petition procedures: the call for response and the call for the views of the Solicitor General”, *George Mason Law Review* [16 Geo. Mason L. Rev. 237], 2009.
- WALBOLT, Sylvia H. – LANDY, Susan L., “Common law certiorari. Where an appeal will not provide an adequate remedy” *The Florida Bar Journal* [70 Fla. Bar J. 56], 1996.

- WAMBIER, Luiz Rodrigues – TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 10º ed, 2008.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues - VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de, “Sobre a repercussão geral e seus reflexos nos processos coletivos”, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2009.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues, *Sentencia civil, liquidacao e cumprimento*, Revista Dos Tribunais, São Paulo, 3º ed., 2006.
- WARREN, Charles, “New light on the history of the Federal Judiciary Act of 1789”
- WASBY, Stephen, *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Holt, Reinhart & Winston, 2º ed., 1984 (tiene traducción de la 4º edición: WASBY, Stephen, *La Suprema Corte en el sistema judicial federal* [trad. Patricia BERMEJO], Platense, La Plata, 2003).
- WEBER, Jean François, “Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile”, en COUR DE CASSATION, *Bulletin d’information*, Journaux officiels, nº 702, 2009, pp. 6-17.
- WEBER, Jean François, *La Cour de cassation*, La documentation française, Paris, 2006.
- WETZLER MALBRÁN, A. Ricardo, “La justicia desplazara por el ‘certiorari’”, en *ED* 179-427.
- WOODWARD, Bob – ARMSTRONG, Scott, *The Brethren: Inside the Supreme Court*, Simon & Schuster, New York, 1979.
- WRIGHT, Charles A., *Law of Federal Courts*, West Publishing, Saint Paul, 4º ed., 1983.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *The judicial application of law* [trad. al inglés de Sadowe Stosowania PRAWA], Kluwer, 1992.
- ZAVALÍA, Clodomiro, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina*, Bs. As., 1919
- ZIMMERMAN, Scott P., “Hughes Aircraft and the Warner-Jenkinson Presumption: The Certiorari That Should Have Been”, en *IDEA: The Journal of Law and Technology* [40 IDEA 131], 2000.

- ZIULU, Adolfo G., “Algunas reflexiones acerca del procedimiento de reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires”, en *JA* 1991-II-830.
- ZIULU, Adolfo G., “El ‘writ of certiorari’ y el incremento de las facultades discrecionales de la Corte Suprema”, *LL* 1991-C-775.