El writ of certiorari criollo

Marcelo Enrique Luft

I.- Introducción. Finalidad del Recurso Extraordinario Federal. Ley 48, requisitos [arriba] -

El recurso extraordinario federal constituye el instrumento procesal mediante el cual se habilita, en última instancia, el control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En sus orígenes, ese recurso extraordinario federal constituyó el medio procesal establecido para mantener la supremacía del derecho federal sobre los ordenamientos locales, con la finalidad de asegurar la unidad jurídica de la Nación, en las materias delegadas. Si se examina la muy breve sentencia mediante la cual la Corte argentina declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una ley provincial([i]), se advierte el cuidado del Tribunal en mostrarse comprensivo con la provincia demandada, quien había sancionado un impuesto en violación de la distribución de competencias entre el estado federal y las provincias en materia tributaria. No obstante esa comprensión, la Corte Suprema declaró inconstitucional la ley que imponía derechos a los productos de la provincia que se extraigan al exterior de ella, aunque ordenó la restitución del dinero cobrado al demandante, desde el momento de la interposición de la demanda([ii]).

Como se advierte, el tipo de conflicto fallado al poco tiempo de instalada la Corte Suprema, estuvo enderezado a definir cuándo una ley local resultaba inconstitucional por violación de la distribución de competencias establecida en la Constitución, y a resguardar la supremacía de ella en esos casos. Como dijo el Tribunal, la Nación se encontraba en los primeros tramos de su formación. El control de constitucionalidad parecía uno de los instrumentos del Estado federal para mantener esa unión. Por cierto, esa realidad ha variado mucho a lo largo de los años, y la Nación cuenta con otras herramientas no ya para mantener unida a la República sino para controlar a las provincias, esmerilando las autonomías locales.

En 1863, ya constituida la Corte Suprema, fue sancionada por el Congreso la ley 48([iii]). Esa norma reguló en tres artículos -14, 15 y 16- el recurso extraordinario federal. En esas disposiciones se establecieron los requisitos propios de procedencia del recurso: a) existencia de cuestión federal; b) el dictado de una sentencia definitiva y, c) que emane del superior tribunal de la causa y la decisión sea contraria al derecho federal o favorable al local, en contra de aquel([iv]).

Por otro lado, los requisitos formales de procedencia del recurso extraordinario federal fueron regulados por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Pero, la Corte Suprema a través de su jurisprudencia, ha mudado el alcance y sobre todo el rigor con los cuales examinó tanto la existencia de los requisitos propios como la de los formales y aún de los comunes, entre éstos, la delimitación entre las cuestiones políticas y las jurídicas, la existencia o no de controversia o caso concreto y la extensión de las cuestiones federales, en principio cuestiones de derecho federal, deslizadas a las cuestiones de derecho común, de hecho y procesales([v]).

II.- Misión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Writ of certiorari criollo, su origen. Ley 23.774. Su finalidad [arriba] -

Presentado el recurso de esta forma, resulta necesario definir el rol de la Corte

Suprema a fin de establecer si su perfil es el de una Corte Tribunal-Constitucional, destinada a resolver al año pocos casos en los que se debatan temas constitucionales relevantes para la sociedad, o el de una Corte Suprema de Casación, ocupada en uniformar las interpretaciones disímiles de las distintas ramas del derecho y en atender los problemas de arbitrariedad fáctica([vi]). Por vía de la sanción de la ley 23.774 se llevaron adelante dos de esas modificaciones; la relativa al aumento del número de integrantes de la Corte y la de la incorporación de una forma de selección discrecional delineada a la sombra del certiorari del common law. Sin embargo, a los operadores del Derecho formados en el área del civil law parece resultarles al menos extraño que un Tribunal pueda rechazar un recurso de modo discrecional; pero al tiempo de su adopción, la incorporación de este mecanismo aparecería como la mejor solución para responder, de forma inmediata, a la saturación padecida por el Máximo Tribunal([vii]).

En definitiva, la Corte Suprema argentina es, básicamente, un órgano judicial de carácter extraordinario y jurisdicción muy circunscripta, cuya misión fundamental es la de velar por la supremacía de la Constitución Nacional y de las normas federales que la complementan. Por ello, es razonable que, de algún modo, se limite el número de causas en las que deba intervenir, a fin de que así pueda concentrar sus esfuerzos en su labor principal. Ha sido el propio Tribunal el que ha considerado que la finalidad más significativa del art. 280 del CPCCN, en la redacción que le otorgara la ley 23.774, ha sido la de permitirle concentrarse en las cuestiones vinculadas con la custodia de la Constitución Nacional, reforzando el criterio de especialidad y que el citado artículo constituye una herramienta de selección que habilita a la Corte tanto a desestimar los asuntos que carezcan de trascendencia como a intervenir en aquéllos en los que aparezca dicha trascendencia, aunque el recaudo de fundamentación no se encuentre suficientemente cumplido([viii]).

En la década de 1990, la Corte Suprema argentina incrementó la utilización de una serie de breves formulas jurídicas que, según constata Morello, importó la adopción implícita del writ of certiorari del derecho norteamericano. De esta manera, la Corte pudo rechazar de plano el recurso extraordinario articulado. Estas fórmulas, muy esquemáticas por cierto, indicaron, por ejemplo, que “a juicio de esta Corte, no se advierte un caso de arbitrariedad que justifique su intervención en materias que, según el art. 14 de la ley 48, son ajenas a su competencia extraordinaria. Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario interpuesto, con costas. Notifíquese y devuélvase”([ix]). El argumento dado para legitimar tales formulas-tipo, entre otras, ha sido la necesidad de adaptar el número de causas a resolver por la Corte a las posibilidades materiales de trabajo de ésta. La realidad indica que la Corte Suprema argentina se ha visto compelida a dictar una sentencia cada dieciocho minutos: seis mil o más al año, frente a las tal vez doscientas que emite la Corte Suprema norteamericana([x]).

Digamos que este writ of certiorari argentino, implementado inicialmente de facto pero que ya configuró una suerte de derecho consuetudinario judicial, se ejerció discrecionalmente, y sin fundamentación, por parte del más Alto Tribunal. Ante la falta de pronunciamiento legislativo sobre el acuciante problema que perjudicaba la operatividad y eficacia de la Corte, ésta adoptó (antes del dictado de la ley 23.774) reducir el recurso extraordinario a través de las fórmulas propias del writ of certiorari -como la antes mencionada- que podrían traducirse en un “mandato”, “derecho”, u “orden” de selección. Este instrumento, permite, en el derecho

estadounidense, que la Corte Suprema elija, discrecionalmente, las causas a resolver “cuando existan para ello razones especiales e importantes”. Ella gradúa y decide, pues, que es un caso especial y que uno importante([xi]). Cabe señalar que, cuando el Tribunal rechaza un writ of certiorari, tal decisión no sienta precedente ni importa emitir opinión sobre la justicia del fallo cuya revisión se intenta.

No obstante, reconoce Morello que la adopción del writ of certiorari ofreció para los profesionales argentinos “una inocultable resistencia a su recepción”, y eso por varios motivos. Por un lado, pensamos, todo letrado intenta agotar cuantas instancias pueda y la reducción de una de ellas (la extraordinaria ante la Corte) –si es que procede- le, provoca, naturalmente, desagrado([xii]). Pero además, existen en nuestro medio forense ciertas prevenciones y suspicacias sobre la implementación concreta del writ of certiorari. Así, como los ministros de la Corte no pueden materialmente leer todos los recursos que deben decidir, obvio será que sólo a través de la reseña de sus auxiliares podrán tomar contacto (mínimamente, por cierto) con ellos. Al estar imposibilitado el cortesano de acceder por sí mismo a la mayor parte de los expedientes, serán esos auxiliares los que filtrarán los datos para escoger las causas, e incluso prepararan proyectos de pronunciamientos en cada caso. De hecho, configurarán la junior court, como se la llama en Estados Unidos de América. Sin embargo, conviene alertar, que este writ of certiorari pretoriano sigue vigente, como apunta Morello, no siendo opuesto sino complementario, por el instrumentado por la ley 23.774([xiii]) que trataremos más delante. Así, la instauración del sistema del certiorari ha tenido por finalidad inmediata el enfrentar el problema generado por la recarga de tareas padecida por la Corte Suprema.

III.- Las razones de la adopción implícita del writ of certiorari del derecho norteamericano y la posterior sanción de la ley 23.774. Modificación a los Arts. 280 y 285 del CPCCN. Rechazo según su “sana discreción” y sin fundamentación [arriba] -

Pero ¿cuáles fueron las razones que llevaron a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a incrementar la utilización de aquéllas fórmulas jurídicas señaladas, que, como dijimos, importaron la adopción implícita del writ of certiorari del derecho norteamericano, facultando al Máximo Tribunal de la República a rechazar, discrecionalmente y sin fundamentación, los recursos extraordinarios articulados, y posteriormente, a la sanción de la ley 23.774 que modificó los arts. 280 y 285 del CPCCN y vino a dar apoyo normativo a una inveterada jurisprudencia utilizada sin mayores reparos?

María Angélica Gelli([xiv]), explica que en la República Argentina las causales de procedencia del recurso extraordinario federal se vieron ampliadas en mérito a la creación pretoriana de la arbitrariedad de la sentencia y la gravedad institucional. Estas doctrinas elaboradas por la Corte Suprema, sirvieron como llave para abrir el recurso en casos en los cuales, en principio, no se cumplían los requisitos formales de admisión de aquél, o no se encontraba comprometida una cuestión de derecho federal. Así, dichas doctrinas constituyeron los dos tipos de cuestión que ampliaron la competencia extraordinaria de la Corte Suprema, de acuerdo a las reglas que el Tribunal elaboró siguiendo su propio criterio de decisión fundada. En consecuencia, la ampliación de la competencia extraordinaria de la Corte Suprema a partir de la caracterización de las sentencias arbitrarias y de la gravedad institucional que posibilitaban la viabilidad del remedio extraordinario federal, aún en cuestiones de derecho común, de prueba o derecho procesal, llevaron a la sanción de la ley

23.744 mediante la cual se estableció el certiorari argentino en los arts. 280 y 285 del CPCCN([xv]).

En efecto, la norma mencionada introduce en su redacción, como párrafo 2° del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo siguiente: "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". En consonancia con esta disposición, se añade el siguiente párrafo al art. 285 del CPCCN: "Si la queja fuese por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el art. 280, párr. 2°".

Este mecanismo de decisión por el cual la Corte puede rechazar un recurso extraordinario sin fundamentación alguna, basado en el writ of certiorari de la experiencia judicial estadounidense, se lo denomina genéricamente, certiorari. Esta expresión reconoce un origen latino. Los diccionarios legales estadounidenses le atribuye el significado de "estar informado acerca de algo"; pero la etimología señalada nos remonta también a las ideas de "lo decidido", "lo resuelto", "lo seguro", "lo determinado". Se ha afirmado también que significa "cerciorarse" y que es una orden que el tribunal superior emite al inferior, para que le remita a pedido de las partes un expediente en revisión([xvi]).

IV.- La posición de los autores respecto al tema. Constitucionalidad del art. 280 del CPCCN. Doctrina mayoritaria. Mi opinión [arriba] -

En definitiva, el tema de la constitucionalidad del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ha dividido profundamente a la doctrina local. Impugnado sustancialmente por violar el derecho de defensa en juicio, al permitir a la Corte extirpar recursos extraordinarios sin fundamentación alguna([xvii]), se lo ha defendido constitucionalmente, en cambio, porque la competencia apelada -aún la extraordinaria- de la Corte es regulable por el Congreso (según el art. 117 de la Carta Magna) ya que dicha norma otorga a ese órgano de poder la facultad de fijar las reglas y excepciones legales a la jurisdicción apelada del Máximo Tribunal, y porque la sana discreción de la Corte, como mecanismo de selección de causas, no resultaría irrazonable([xviii]). Por otro lado se alega, como elemento práctico definitivo, una suerte de estado de necesidad para concluir con el atosigamiento de causas en el Alto Tribunal([xix]). En lo que hace a la Corte Suprema, es de destacar –como lo hace Legarre-, que el uso del mecanismo del certiorari local en miles de expedientes por parte del Tribunal, es un indicador incuestionable de su constitucionalidad([xx]).

En apretada síntesis, desde esta posición se ha sostenido que el art. 280 del CPCCN, según ley 23.774, no es inconstitucional, y que tampoco lo es la habilitación que, con razonabilidad suficiente, permite a la Corte rechazar el recurso extraordinario con la sola cita del art. 280 mencionado, porque la remisión a su sana discreción descarta la arbitrariedad: en suma, no es una autorización incondicionada para incurrir en arbitrariedad, sino un reconocimiento de un margen de arbitrio político-jurídico que se reputa propio de todos los órganos que son cabeza o titulares de un poder([xxi]). Como dijimos, para estos autores, todo ello encontraría fundamento en el art. 117 de la Constitución Nacional, que otorga al Congreso la facultad de fijar las reglas y excepciones legales a la jurisdicción

apelada de la Corte([xxii]).

V.- Compatibilidad de las opiniones que comparto con lo previsto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, los tres incisos del art. 14 de la ley 48 y los arts. 280 y 285 del CPCCN [arriba] -

Por mi parte, considero compatible las opiniones antes descriptas -que sostienen la constitucionalidad del certiorari criollo- con lo dispuesto en los arts. 116 y 117 del la Constitución Nacional, los tres incisos del art. 14 de la ley 48 y los arts. 280 y 285 del CPCCN que regulan el mismo. En primer lugar, nótese que el Congreso de 1863 no confirió a la Corte Suprema toda la competencia apelada que a tenor del texto constitucional podría haberle reconocido, ya que la lectura de la ley 48 permite establecer que numerosas cuestiones federales trascendentes quedaron fuera de la órbita del Tribunal, a pesar de la referencia a "todas" las causas contenidas en el art. 100 de la Ley Suprema([xxiii]). Así, la Constitución no establece imperativamente que todas las causas constitucionales y federales serán resueltas por la Corte Suprema por vía de su competencia apelada. Es el Congreso Nacional, el que, dentro de amplios límites constitucionales, regla la jurisdicción apelada del Máximo Tribunal de la República.

En consecuencia, según los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional, la Corte entiende jurisdiccionalmente por dos vías: competencia originaria o competencia por apelación. El recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48 es, obviamente, propio de la última. La jurisdicción por apelación de la Corte se ejercita "según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso", conforme reza el art. 117 de la Ley Fundamental. Por ende, tanto los tres incisos del art. 14 de la ley 48 como las reformas introducidas a los arts. 280 y 285 del CPCCN por la ley 23.774, no parecen ser inconstitucionales, en cuanto dichas normas, sancionadas por el Congreso en uso de atribuciones específicas, permiten a la Corte escoger que recursos resolverá, vale decir, en función de su trascendencia.

Ya antes de la sanción de la ley 23.774 la Corte Suprema aplicaba una especie de certiorari de hecho, rechazando recursos y quejas sin mayor fundamentación. Después de dictada la norma siguió empleando aquella práctica y comenzó a utilizar la que le fue concedida legalmente. La fórmula elegida por la Corte Suprema para desestimar el recurso o, en su caso, la queja –citando el art. 280 del CPCCN- fue breve. Sin indicar la causal que estaba empleando para rechazar el recurso –cuestión federal insuficiente, insustancial o carente de trascendencia- el Tribunal sostuvo que era inadmisible el recurso extraordinario contra la sentencia de que se trate([xxiv]). Como en el caso reseñado, la Corte Suprema omitió el análisis de la cuestión, aplicando el art. 280 del CPCCN y empleando la palabra inadmisible para referirse a la improcedencia del recurso. Ni en el caso mencionado -ni en muchos otros- la Corte invocó alguna de las causales previstas en la ley procesal, aunque la trascendencia de la cuestión –o carencia de la misma- fue, sin embargo, invocada en alguna disidencia del Tribunal([xxv]).

VI.-Compatibilidad de las opiniones que comparto con la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el tema, relacionada con lo que ella considera su misión [arriba] -

La inconstitucionalidad de la reforma introducida al art. 280 del CPCCN, por la ley 23.774, fue planteada con fundamento en la violación de los arts. 14, 16, 17, 18, 28 y 31 de la Ley Suprema. La mayoría del Tribunal no examinó el agravio, alegando que la cuestión había sido introducida tardíamente, incumpliendo, en

consecuencia, uno de los requisitos formales de procedencia del recurso extraordinario federal([xxvi]). Por el contrario, una de las minorías en el caso "Rodriguez" –voto de los ministros Barra, Belluscio y Boggiano- analizó la cuestión alegando que, en el caso, se trataba del "esclarecimiento de relevantes temas constitucionales" que no debían dejar de examinarse por óbices procesales, pero rechazó el recurso sosteniendo la constitucionalidad del art. 280 del CPCCN dado que "esa norma permite al tribunal ejercer con mayor eficacia su obligación de hacer justicia por la vía del control de constitucionalidad".

Por otro lado, cabe señalar, que la ley 23.774 tiene su base en un proyecto remitido por el Poder Ejecutivo. El mensaje de éste, breve y concluyente, señala que al atribuirse a la Corte Suprema de Justicia la facultad de descartar los recursos extraordinarios por las razones indicadas (cuestiones insustanciales o intrascendentes, falta de agravio federal suficiente), se le otorgaba una competencia discrecional que "no excede el margen que para la ley reglamentaria del recurso se desprende del art. 117 de la Constitución Nacional, y contribuirá al mejor funcionamiento del cuerpo". La innovación, prosigue el mensaje, se fundó en el proyecto de reformas elaborado por la comisión instituida en 1984 en el Ministerio de Educación y Justicia, formada por los doctores Bidart Campos, Linares, Masnatta, Morello, Moncayo y Colombres (el Doctor Boffi Boggero no llegó a suscribir tal dictamen).

El dictamen mayoritario en el Senado, dijo que writ of certiorari era ya una modalidad usual en la Corte Suprema, de tal modo que el proyecto de ley sólo revestía de valor normativo a una práctica forense estable siguiendo además las pautas vigentes en los Estados Unidos de América. En Diputados, los informes de mayoría, propiciatorios de la reforma, fueron parcos. El suscripto por el legislador Yoma aclaró que era necesario permitirle a la Corte desembarazarse de causas que injustificadamente estaban en sus estrados. El dictamen minoritario de la Comisión de Asuntos Constitucionales se opuso a la enmienda alegando que era redundante, porque repetía una práctica inveterada en la jurisprudencia del Alto Tribunal, como era "decidir con amplia discrecionalidad a la hora de seleccionar los meritos constitucionales que hagan pertinente la revisión, en su sede jurisprudencial, de las causas puestas a su consideración"([xxvii]).

En el contexto donde se plantea el proceso de reforma, no puede ignorarse la Acordada 44/89 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ella, el Alto Tribunal, compuesto entonces por cinco miembros, opinó por cuatro de ellos negativamente respecto de la ampliación del número de sus jueces, pero aceptó las enmiendas de los arts. 280 y 285 del CPCCN. La argumentación de la Corte fue la siguiente: el recurso extraordinario existe, básicamente, para cumplir las funciones jurisdiccionales más altas del Tribunal y esto debe ocurrir "cuando están en juego problemas de gravedad institucional". Si no hay en un proceso interés institucional, es viable el rechazo del recurso extraordinario([xxviii]). Acto seguido, la Corte se va al derecho comparado, donde, afirma, es usual otorgar a los tribunales supremos la facultad que ahora pergeña la nueva ley: como paradigma, cita el caso de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Finalmente, la Corte se interroga sobre la justicia y legitimidad democrática de un mecanismo discrecional de casos para resolver: ¿es eso aceptable? La Corte responde afirmativamente: la justicia y la democracia demanda que el derecho sea claro y adaptado a las condiciones sociales; y para ello, "es necesario cribar los asuntos que serán examinados por la Corte Suprema", una vez que ellos y han sido juzgados en las instancias inferiores, cosa que "parece conforme con las exigencias

de una justicia desarrollada" (el tribunal cita, en tal sentido, a J. Rawls y su Theory of Justice). Interesa recordar que en el considerando 13 de la acordada, la Corte piensa que las reformas a los arts. 280 y 285 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultan compatibles y adecuadas a la racionalización de sus tareas jurisdiccionales, y que "también es positivo el reconocimiento de la mencionada atribución que posee esta Corte". Dicho de otro modo, para el Alto Tribunal el writ of certiorari parece perfilarse como una herramienta que ya tiene, y no que nacía del proyecto de la más adelante ley 23.774.

Como dijimos anteriormente y bien lo señala LEGARRE([xxix]), la sola utilización masiva del art. 280 por parte del Máximo Tribunal de Justicia de la Nación sugiere que la Corte no tiene reparos constitucionales respecto de la norma. En efecto, más allá de posibles cuestiones especulativas acerca del control de oficio de constitucionalidad, parecería poco razonable que el Tribunal decidiera fundar la mayoría de sus pronunciamientos en una norma inválida. Hay aquí una convalidación implícita del art. 280. Pero, además, la Corte se ha pronunciado explícitamente a favor de la validez constitucional de la norma. En "Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set "([xxx]), el Tribunal resolvió negativamente un pedido expreso de inconstitucionalidad del art. 280.

La decisión se fundó, por un lado, en que "la finalidad más significativa de su nuevo texto [se refiere al artículo 280] es la de destacar el emplazamiento que ella [la Corte] posee en el orden de las instituciones que gobiernan la Nación, posibilitando que su labor pueda concentrarse en aquellas cuestiones vinculadas con la custodia y salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional" (Fallo citado, Considerando 2°). Por otro lado, el Tribunal sostuvo que los derechos constitucionales alegados por el recurrente no se ven conculcados por la desestimación de la apelación federal por la mera mención del art. 280, pues ésta sólo significa que la Corte decide no pronunciarse sobre el punto por no haber hallado elementos que tornen manifiesta la presunta arbitrariedad invocada (ídem, considerando 3°). Estos argumentos vienen a sumarse a otro desarrollado años antes en un voto concurrente que es citado aprobatoriamente por la Corte en "Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set"([xxxi]).

Se trata de la idea de que el art. 280 no repugna a la Constitución porque: El art. 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([xxxii]).

En 2000, al año siguiente de resolver " Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set ", la Corte reiteró su postura favorable a la constitucionalidad del art. 280, reclinándose esta vez exclusivamente en el voto concurrente que se acaba de transcribir parcialmente. Dijo el Tribunal escuetamente en " Operto c. Comuna de Lehmann ": Que en lo que respecta a la tacha de inconstitucionalidad del art. 280 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (modificado por la ley 23.774), cabe remitir a los fundamentos expuestos en el precedente publicado en Fallos 316:64 (voto de los jueces Barra, Belluscio y Boggiano)([xxxiii]).

Por último, cabe mencionar que en 2002 la Corte Suprema reafirmó su posición, al rechazar un nuevo pedido de inconstitucionalidad del art. 280 en la causa " Medina

c. Tuñez y otros "([xxxiv]). De tal manera, resulta que la totalidad de los miembros que hasta hace poco integraban el Tribunal se pronunció expresamente a favor de la validez constitucional del art. 280. Así las cosas, pareciera que el planteo de su inconstitucionalidad va camino de convertirse en una cuestión insustancial.

VII.- Otras cuestiones federales: insuficientes, insustanciales, intrascendentes. Importancia del asunto [arriba] -

De todo lo expuesto anteriormente y de la lectura de las normas en estudio, surge claramente la existencia de otros requisitos propios del recurso extraordinario federal, agregados legalmente para calificar la cuestión federal. Así, esta deberá ser suficiente, sustancial o revestir trascendencia porque, de lo contrario, la Corte Suprema podrá, según su sana discreción, desestimar el recurso sin fundamentar el rechazo. En consecuencia, la reforma procesal atribuyó a la Corte Suprema una herramienta discrecional en grado sumo para atender el control constitucional, otorgándole la llave para abrir o cerrar su competencia extraordinaria. El juicio de la Corte resulta soberano en la negatoria, aunque como la atribución es facultativa –además de rechazar el recurso invocando el art. 280 del CPCCN- puede analizar la cuestión y concluir que, en el caso, las causa federal es insuficiente, o insustancial –cosa que ya hacía el tribunal con anterioridad, conforme a sus fundada jurisprudencia- o carente de trascendencia.

Semejante cuota de poder que la ley procesal otorga a la Corte Suprema –aún reconociendo la necesidad de hacer algo para aliviar el trabajo del Tribunal, ante el creciente número de causas que le llegan- ha suscitado críticas de diverso orden. En primer lugar, referidas a la latitud de las causales que habilitan, por parte de la Corte, el rechazo del recurso extraordinario. Así, se ha dicho, que las causales previstas en la ley para desestimarlo, cuya delimitación en los casos concretos quedan a juicio de la Corte, son de tal anchura que el peligro de la arbitrariedad ronda la decisión, con mengua de la seguridad jurídica([xxxv]). En segundo término, al no exigir la ley la expresión de razones del rechazo del recurso, se autoriza legalmente a la Corte para incumplir con uno de los principios que deben regir los actos de gobierno en general –y los del Tribunal en particular- en el sistema de la república democrática: la fundamentación en las decisiones que toman los poderes del Estado([xxxvi]).

Como explica Sagües, la duda surge porque la Corte Suprema ha reputado arbitrarios los fallos con fundamentación o motivación insuficientes, según una larga y sesuda elaboración jurisprudencial, en función de las garantías constitucionales del debido proceso y defensa en juicio. Sin embargo, este autor entiende que tal vez existan dos vías para salvar estas objeciones de inconstitucionalidad. Una que la Corte, cuando utilice el instrumento que le da el art. 280 del CPCCN de una fundamentación, siquiera mínima. Con ello, restablecería la armonía entre su pedagogía jurídica para los tribunales inferiores, y su propio comportamiento. Otro salvavidas constitucional sería el siguiente: el art. 280 habla de la “sana discreción” de la Corte, en la tarea de selección de causas. Aquí, la discrecionalidad sana parece referirse a un arbitrio legitimo, sensato, aproximadamente igualitario y, desde luego, no arbitrario, ni inequitativo, ni discriminatorio e irrazonable. En palabras de este autor, 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 CPCCN) y además inconstitucional (por atentar contra el debido proceso y la igualdad).

También algunas de las causales en virtud de las cuales la Corte puede rechazar un recurso merecerían reparos. Acerca de la primera de ellas y según lo indica Sagües, cabe decir que la determinación de la cuestión federal es un problema cualitativo, no cuantitativo. Es decir, existe o no existe, en un caso, cuestión federal. Por ello, la inexistencia de "cuestión federal suficiente" para habilitar el rechazo del recurso extraordinario, supone una contradicción en los términos, aunque, debe señalarse, antes de la reforma legal, la Corte Suprema empleaba el cartabón consagrado legalmente para desestimar muchos recursos. Por otro lado, desde antigua data, la Corte Suprema argentina ha caracterizado la cuestión federal "insustancial", siguiendo la jurisprudencia de la Corte norteamericana. Así las definió como cuestiones desprovistas de fundamento; suficientemente tratadas y esclarecidas; baladí, por no suscitar controversia seria. Según lo registra Barrancos y Vedia, ya en el precedente "Juan Polizza" de 1942([xxxvii]), el Tribunal desestimó un recurso "fundado en cuestiones manifiestamente inconsistentes y excluidas de toda controversia seria por reiteradas y uniformes decisiones de la Corte Suprema".

Finalmente, la causal de falta de trascendencia para operar el rechazo del recurso no indica, en la ley, de cual trascendencia se trata, aunque parece obvio que está referida, por lo menos, a la trascendencia política de la cuestión. Cierto es que, como lo señala Morello, estrictamente no es lo mismo trascendencia que gravedad institucional, pues no todo lo que trasciende el mero interés privado afecta las instituciones. En suma, antes de la reforma legal, la Corte Suprema rechazaba recursos por falta de agravio federal suficiente o por tratarse de cuestiones insustanciales. Después de dictada la ley 23.774 puede hacerlo además, en cuestiones carentes de trascendencia y, en los tres supuestos, sin necesidad de fundamentar la decisión([xxxviii]).

VIII.- No todo es negativo: el certiorari positivo, una herramienta útil y necesaria para los letrados al momento de plantear una cuestión insustancial, insuficiente o carente de trascendencia [arriba] -

Sostiene Morello, que la discrecionalidad de la Corte Suprema para aplicar el certiorari ha llevado a calificar de depredador al art. 280 del CPCCN([xxxix]), pero ello no puede ser seriamente calificado de manera tan tajante.

Hasta ahora se ha hablado de la norma mencionada como un mecanismo discrecional destinado a ahorrar trabajo a la Corte Suprema, despejándola de una serie de recursos extraordinarios, fundamentalmente de aquellos carentes de trascendencia. Sin embargo, el derecho consuetudinario procesal constitucional elaborado por la misma Corte parece haber registrado una interpretación mutativa por adición([xl]) en el sentido que le ha sumado, a dicho rol del mentado art. 280, uno más, que paradojalmente, en vez de servir para despejar las tareas de la Corte, le agrega otra.

Este novel dispositivo es el llamado writ of certiorari positivo, y consiste en otorgarle aptitud a la Corte para conocer en recursos extraordinarios que no han satisfecho los recaudos de admisibilidad y de procedencia, pero que por tener trascendencia, son rescatados por el alto tribunal y decididos por él. Una importante sector de la doctrina ha convalidado tal exégesis putativa([xli]). Destacamos, no obstante, que el caso Serra([xlii]), del que se procura extraer el origen de tal mutación, no es claramente terminante sobre el punto, que aflora, eso sí, de otros votos minoritarios de vocales de dicho tribunal[xliii]. En última instancia, la posibilidad de recepcionar recursos extraordinarios que omiten

requisitos de admisibilidad y procedencia ya tenía apoyatura por parte de la Corte en la discutida doctrina de la gravedad e interés institucional, emparentada en su versión mínima con la idea de trascendencia, en virtud de la mágica aptitud que aquélla tiene para, entre otros, romper los moldes procesales del recurso extraordinario.

En consecuencia, el art. 280 del CPCCN no sólo puede ser aplicado para rechazar un recurso, sino también para admitirlo. Esta modalidad fue insinuada en distintos votos minoritarios([xliv]) y aceptada mayoritariamente en el caso "Fernando Horacio y otros c. M.C.B.A."([xlv]), en el que, con la firma de los ministros Boggiano, Barra, Cavagna Martínez, Fayt, Levene y Nazareno, el tribunal aplicó el certiorari de admisión y entró a considerar un recurso extraordinario sin que mediara sentencia definitiva –se trataba de una excepción de prescripción opuesta por la demandada que, al no haber prosperado en las instancias anteriores, permitía la continuación normal del pleito.

Así, se ha sostenido que la discrecionalidad juega en ambos sentidos, por lo que cabe hablar de una cara de certiorari negativo, para rechazar el recurso, y otra de certiorari positivo, para entender en los no desechados. Por ello, la Corte puede aplicar el certiorari para no conocer en un caso, pero puede igualmente asumirlo pese a la insuficiencia del agravio, a la insustancialidad de la cuestión o a su falta de trascendencia([xlvi]). Este sentido del certiorari se acerca más al propio del sistema estadounidense, en el que el instituto aparece como una capacidad otorgada a la Suprema Corte de Justicia para abrir su instancia en las causas que, presenten o no un tema constitucional, por su importancia y trascendencia merecen ser decididas por ese Tribunal([xlvii]). A partir de dicho caso, la Corte puede emplear el mecanismo discrecional del recurso extraordinario, tanto para rechazar como para admitir un asunto. La decisión es criticada en doctrina, pues se señala que en el art. 280 se faculta al tribunal a rechazar el recurso y nada se dice acerca de "admitir"([xlviii]).

Empero, con la invocación del artículo comentado, la Corte obtiene un marco legal para su actividad y la posibilidad de utilizar con mayor frecuencia el mecanismo de admisión que ya había establecido por vía de la gravedad institucional([xlix]). Existen casos en los que la Corte utiliza, en forma parcial, una suerte de certiorari positivo, como cuando el tribunal a quo concede el recurso extraordinario por interpretación de la ley federal, sin rechazar los argumentos expuestos con fundamento en la doctrina de la arbitrariedad y el Tribunal decide que corresponde que trate ambos agravios([l]).

IX.- Conclusiones Finales. Posibles soluciones al problema del cúmulo de trabajo [arriba] -

La norma (art. 280 del CPCCN), tal como lo analizamos en mayor detalle al dar cuenta de las objeciones expuestas respecto de su constitucionalidad, aparecería como una excepción legal al deber de fundar las resoluciones derivado del principio republicano e impuesto a los jueces, entre otras normas, en el art. 34, inc. 4° del CPCCN. El rechazo infundado, recordemos, se permite tanto respecto de los recursos concedidos por los tribunales superiores de la causa como en el caso de las quejas. Pero el Tribunal ya decidía de este modo antes de la reforma y coincidimos en que es una facultad discrecional que tiene la Corte Suprema en ejercicio de uno de los poderes del Estado. Así, se ha sostenido que los fundamentos en los que se basara la reforma son de carácter puramente utilitario y determinaron un cambio en el concepto de la Corte, llevándolo a ser más un

tribunal político que jurídico([li]).

El recurso extraordinario ya no puede considerarse regulado por lo que dice la ley 48, porque solamente una ínfima parte de los recursos que se presentan están puramente enmarcados en sus previsiones. La Corte cuenta hoy con una herramienta normativa que le otorga un gran poder discrecional por el que podría limitar cuantitativamente, de modo notorio, el número de causas en las que pronuncia sentencia. No obstante, en la práctica ha mantenido el recurso extraordinario dentro de lineamientos tradicionales.

Bianchi sostiene que la Corte Suprema –movida por las circunstancias y también por su propia naturaleza de tribunal y poder del Estado -, ha estado luchando desde el fondo de su historia por la obtención de una jurisdicción discrecional y que, en ese derrotero, ha desarrollado la doctrina de la arbitrariedad de las sentencias, la de la gravedad institucional, ha hecho aplicación del artículo en comentario bajo la forma de certiorari negativo, ha empleado el recurso per saltum y ha utilizado el certiorari de admisión([lii]).

Un viejo maestro y digno ministro de la Corte, Genaro Carrio, analizó muchos de los problemas de los que adolecía el Tribunal a partir de la expansión de su ámbito de competencia –merced a creaciones pretorianas como las de la arbitrariedad de sentencia y la de gravedad institucional- y aún cuando sostuvo que la verdadera solución pasaba por una reestructuración completa del Poder Judicial y por la adopción general del proceso oral, evaluó algunas soluciones opcionales:

1. Elevar el número de miembros de la Corte.

2. Dividir la Corte en salas.

3. Crear una Corte de Casación Federal con jurisdicción en todo el país y competencia para unificar la interpretación que los otros tribunales federales, a excepción de la Corte, hagan de las normas federales.

4. Crear un tribunal con competencia exclusiva y excluyente en los casos de impugnación de pronunciamientos tachados de arbitrarios.

5. Adoptar, adaptándola a nuestro derecho de fondo y prácticas procesales, la institución del writ of certiorari.

A las propuestas anteriores puede sumarse la efectuada por PALACIO, quien propicia introducir un agregado al inc. 3° del art. 14 de la ley 48 con arreglo al cual, cuando se trate de la inteligencia de cláusulas contenidas en un tratado carente de jerarquía constitucional en los términos del art. 7, inc. 22 de la Ley Fundamental o de una ley o acto federal, sea requisito del recurso la existencia de decisiones contradictorias de tribunales federales o nacionales con competencia federal, o de cualquiera de estos con la jurisprudencia de la Corte Suprema, como ocurre en el caso de la regla 10 de la Corte norteamericana([liii]).

Concluyendo. En su origen, el recurso extraordinario era un recurso reglado, por lo que la sola circunstancia de verificarse alguno de los supuestos mencionados en los tres incisos del art. 14 de la ley 48, obligaba a su concesión por el tribunal a quo. Luego, con la incorporación de los institutos de la arbitrariedad, la gravedad institucional y demás, su procedencia se fue tornando discrecional, tendencia que alcanza su punto más alto con la incorporación del mecanismo del certiorari

argentino o criollo. A partir de la reforma de 1990, el núcleo de todo recurso extraordinario, la verificación de la existencia de una cuestión federal, ya no conlleva la admisión del planteo por el tribunal, que puede rechazarlo en forma discrecional con la sola invocación de la norma, cuya modificación por medio de la ley 23.774 tuvo por finalidad legalizar lo que la Corte venía haciendo de hecho, en procura de llevar su volumen de trabajo a una escala razonable.

No obstante, la cuestión de la congestión del trabajo de la Corte requiere de soluciones más profundas, muchas de ellas vinculadas con la cultura judicial de los operadores del Derecho. Se ha afirmado que la recarga de tareas del Máximo Tribunal responde a una descomposición de nuestro sistema judicial que, cada día más, requiere de su intervención final, pues se ha perdido credibilidad en el buen funcionamiento de las instancias anteriores([liv]).

Notas [arriba] -

[i] "Mendoza c. Provincia de San Luis" (Fallos 3:131 -1865-).[ii] GELLI, María Angélica. Dilemas del recurso extraordinario federal, LL, 2004-A-1302.[iii] Adla, 1852-1880, 364.[iv] GELLI, “Dilemas”.[v] Como bien dice Bidart Campos, la "escueta normativa" legal en que está estructurado el recurso extraordinario federal "ha dejado espacio más que amplio a la jurisprudencia de la Corte...". Conf. BIDART CAMPOS, Germán, "Oscilaciones y deficiencias en el recurso extraordinario: una visión crítica pero optimista", Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, En Sagües, Néstor Pedro (coordinador) y Sabelli, Héctor E. (Colaborador) Número Especial, Recurso extraordinario federal, p. 20, Buenos Aires, 26 de marzo de 2003.[vi] PALACIO, Lino. El recurso extraordinario y las cuestiones infraconstitucionales simples, JA, 2003-I-1341.[vii] CARRIO, Genaro “Don Quijote en el Palacio de Justicia”, LL, 1989-E-1131.[viii] CSJN, 7/7/1992, “Ekmekdjian, Miguel Angel c. Sofovich, Gerardo y otros s/ recurso de hecho”, Fallos 315:1492.[ix] MORELLO, Augusto. Ley 48. Avances, reformas, LL, 119-869.[x] MORELLO, “Poder Judicial y función de juzgar” -Una lectura de la crisis de la administración de justicia-, LL, 1987-E-830.[xi] MORELLO, “El certiorari” -aproximación al modelo de los Estados Unidos de América-, LL, 1985-D-1098.[xii] SAGÜES, NESTOR PEDRO. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario Federal, T. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires.[xiii] SAGÜES, NESTOR PEDRO. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario Federal, T. 2, Ed. Astrea, Buenos

Aires.[xiv] Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, La Ley, 2° ed. Ampliada y actualizada.[xv] B.O. 16/4/90. La norma no solo introdujo el certiorari, sino que, además, aumentó el número de integrantes de la Corte de cinco a nueve miembros.
[xvi] Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dirección Elena I Highton / Beatriz Areán. Concordado con los Códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, 2006, t. 5.
[xvii] En este sentido, OLCESE, La institución del "certiorari" repugna al concepto nacional del derecho de defensa, JA, 1997-IV-980; EKMEKDJIAN, Recurso extraordinario por arbitrariedad, DJ, 1997-2-146; entre otros.[xviii] Ver BIDART CAMPOS, ¿Es inconstitucional el art. 280 del Código Procesal, en cuanto permite a la Corte rechazar el recurso extraordinario con la sola invocación de la norma?, ED, 151-427. En el sentido que el precepto es igualmente constitucional, ver PALACIO, Experiencia del denominado certiorari argentino, LL, 1999-E-1056.[xix] BIANCHI-LEGARRE, El "certiorari" en acción, LL, 1993-C-841.[xx] LEGARRE, El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario, págs. 16 y 17.[xxi] Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dirección Elena I Highton / Beatriz Areán. Concordado con los Códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, 2006, t. 5.
[xxii] BIDART CAMPOS, Tratado Elemental de derecho constitucional argentino [ed. 1995], t. II, pág. 686; y del mismo autor, Oscilaciones y deficiencias en el recurso extraordinario: una visión crítica pero optimista, JA, 2003-I-1016. También SPOTA, Recurso Extraordinario [ed. 2001], pág. 80.
[xxiii] Garay, Alberto. Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario, LL, 1990-E-984, cita, a título ejemplificativo, diversos supuestos.[xxiv] Por ejemplo, la que rechazo la demanda por un cobro derivado de un contrato de suministro, Fallos 315:572, entre muchos otros.[xxv] Fallos 315:2056, 2135. Disidencias del Dr. Boggiano.[xxvi] "Rodriguez, Luis E. c/ Rodriguez de Schreyer, Cármen y otro", Fallos 316:64, 1993.[xxvii] SAGÜES, NESTOR PEDRO. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario Federal, T. 2, Ed. Astrea, Buenos Aires.[xxviii] La Corte cita los antecedentes de Fallos 194:220; 248:189.[xxix] LEGARRE, Una puesta al día en materia de "certiorari", LL, 2004-A-1267.[xxx] Fallos 322:3217, sentencia del 21 de diciembre de 1999. Este fallo está firmado por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert, es decir, ocho de los nueve jueces que en ese momento integraban el Tribunal. El noveno juez, Vázquez, emitió un voto concurrente más extenso, en el que arribó a similar conclusión en lo referente a la constitucionalidad del art. 280.[xxxi] El voto citado aprobatoriamente en "Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set", al que se hace referencia en el texto, es el voto concurrente de los jueces Barra, Belluscio y Boggiano en "Rodríguez c. Rodríguez de Schreyer" (Fallos 316:64, sentencia del 2 de febrero de 1993, La Ley, 1993-C, 174; DJ, 1993-2-146. Cfr. el consid. 3° de Fallos 322:3217).[xxxii] Fallos 316:64, del consid. 3° del voto concurrente de los jueces Barra, Belluscio y Boggiano. Cfr., en sentido parecido, el consid. 7° del voto del juez Vázquez en "Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set" -Fallos 322:3217-.
[xxxiii] "Francisco Orlando Operto c. Comuna de Lehmann" (Fallos 323:86, sentencia del 15 de febrero de 2000). Este fallo lleva la firma de los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi, Boggiano, López y Bossert. Los jueces Nazareno y Moliné O'Connor votaron por separado pero el texto de su voto es prácticamente idéntico al de la mayoría. El juez Vázquez emitió un voto concurrente, semejante al que había firmado en "Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios c. Set".
[xxxiv] Causa M. 671. XXXVII. Recurso de hecho. "Medina, Andrea Alejandra c. Tuñez, José María y otros, sentencia del 26 de septiembre de 2002, considerando 2°. La decisión lleva la firma de siete de los nueve jueces: Nazareno, Moliné

O'Connor, Fayt, Petracchi, López, Bossert y Vázquez. Los jueces Belluscio y Boggiano no intervinieron en este caso pero su posición favorable a la constitucionalidad del artículo 280 ya se había hecho manifiesta en 1993 (cfr. Fallos 316:64) y fue reiterada en 1999 (Fallos 322:3217) y en 2000 (Fallos 323:86).[xxxv] Garay, Alberto. Comentario sobre las reformas al recurso extraordinario, LL, 1990-E-984.[xxxvi] Señalaron este problema SAGÜES, NESTOR PEDRO. Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario Federal, T. 1, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 298. Respecto del derecho norteamericano, MORELLO, AUGUSTO. El certiorari, aproximación al modelo de los Estados Unidos de América, LL, 1985-D-1105.[xxxvii] Fallos 192:240.[xxxviii] Gelli, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, La Ley, 2° ed. Ampliada y actualizada.[xxxix] Morello, Augusto. El derecho fundamental a una vida digna, El Derecho, 24 de noviembre de 2000.[xl] ver Bianchi-Legarre, El certiorari en acción y Bianchi ¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional?, ED, 172-923.[xli] Ver Bidart Campos, El certiorari positivo, ED, 156-32; Morello, El certiorari y los alimentos provisorios en una sentencia dividida, DJ, 1995-2-45; Barbieri, Cuestión federal y cuestión trascendente: la disputa sobre la tasa de interés en la Corte Suprema, ED, 164-1162.[xlii] CSJN Fallos 316:2454.[xliii] Ver al respecto, Morello, El recurso extraordinario, BS. AS. ABELEDO-PERROT, 1987, p. 596 y 597.[xliv] Así, el de los jueces Barra, Belluscio y Boggiano en "Rodriguez c/ Rodriguez de Schreyer"; el del juez Fayt en el caso registrado en CSJN-Fallos 315:490, de 1992 y el de los jueces Moliné O´Connor y Petracchi en "Ekmekdjian c/ Sofovich, en CSJN-Fallos 315:1492, de 1992, entre otros.
[xlv] CSJN, 26/10/93, FALLOS 316:2454.[xlvi] Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional argentino [ed. 1995], t II, p. 683.[xlvii] Spota, Alberto. Recurso extraordinario, Bs. As., LL [ed. 2001], p. 63.[xlviii] Bianchi, ¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional?, ED, 172-933.[xlix] Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dirección Elena I Highton / Beatriz Areán. Concordado con los Códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, 2006, t. 5.
[l] Morello, Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales [ed. 1998], p. 353.
[li] FALCON, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado, Comentado y Concordado [ed. 1996], t. V, p. 110.
[lii] Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dirección Elena I Highton / Beatriz Areán. Concordadocon los Códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Hammurabi, 2006, t. 5.[liii] Palacio, El recurso extraordinario y las cuestiones infraconstitucionales simples, JA, 2003-I-1341.[liv] BIANCHI, El "writ of certiorari" en nuestra Corte Suprema, ED, 125-857.