

FERNANDO M. MACHADO PELLONI e
M. SOLEDAD PENNISE IANTORNO DE MACHADO

*EN LA BÚSQUEDA DE UN MODELO ADAPTADO
DE COMPETENCIA PARA LA CORTÉ SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACION*¹

SOMMARIO

1. *Estado de situación y determinada visión del rol de la Corte.* 2. *Modelo original. Apartamiento.* 3. *Modelos alternativos. Tendencias.* 4. *Recapitulación. Algunas propuestas.* 5. *Síntesis. Ponencia*

1. *Estado de situación y determinada visión del rol de la Corte.*

Para el tema que nos hemos propuesto analizar, es menester hacer un pequeño repaso sobre los elementos normativos que guían la competencia de la Corte. De este modo podremos acercarnos al estado de situación y observar si se compadece con una determinada visión del rol del Tribunal.

La Corte, como es sabido, cuenta con una competencia apelada y otra originaria (arts. 116 y 117 C.N.)². Dentro de la primera se encuentra el recurso extraordinario federal, reglado por el artículo 14 de la Ley 48 – con sus característicos “tres” incisos – que “[...] tiene por meta principal asegurar la supremacía de la Constitución Nacional”³, al tiempo que se suman otras variantes, bastante más complicadas de sistematizar. Así tenemos como agregados extra-normativos, un “cuarto inciso” que indica una apertura para atacar sentencias arbitrarias⁴ y otro más, para la consideración de asuntos de gravedad institucional⁵, los cuales

¹ Al Prof. Adolfo A. Rivas, por su constante apoyo.

² Originalmente, arts. 100 y 101 del texto anterior a la Constitución reformada en 1994.

³ Cfr. N. P. SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, T. I, Buenos Aires, 1992, pp. 27 y las citas que allí se hacen.

⁴ Cfr. G. CARRIÓ-A. CARRIÓ, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, T.I, Buenos Aires, 1983, pp. 27.

⁵ En realidad estos dos incisos materiales del recurso extraordinario fueron escritos por la propia Corte y consolidados por su autoridad. El primero en el famoso caso “Rey c/Rocha” – Fallos: 112, 384 de 1909 – donde el Tribunal abrió una puerta a “casos ex-

como puntos de apertura, llevarían a la necesidad de una herramienta purificadora o de cerrojo y ahí se hizo presente el requisito de la trascendencia (art. 2, Ley 23.774).

Siempre dentro del grupo enunciado, contamos además con la coexistencia de medios ordinarios de impugnación como vías alternas de acceso al Alto Tribunal – art. 24 Decreto-Ley 1285/58 inc. 6 “a” y “c” – pero el objeto procesal difiere del caso anterior (causas en donde la Nación sea parte y exista determinado monto en pugna y causas concernientes a operaciones marítimas en tiempos de Guerra y buques, respectivamente). Hemos omitido el inc. “b” pues ha sido trastocado por la nueva Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, Ley 24.767 de 1997 – art. 33 –, y no porque en función de esta última la Corte carezca de competencia por apelación ordinaria, sino por cuanto deja de ser una tercera instancia federal para ser segunda. En efecto, si algo caracterizaba al recurso ordinario era su tránsito por las Cámaras Federales, asunto eliminado por la última ley *in comento*.

Por otra parte, el citado Decreto-Ley – art. 24, incs. 3, 4, 5 y 7 –, abre a la competencia de la Corte el conocimiento de los recursos de revisión y también de peticiones aclaratorias respecto de sus propios pronunciamientos, de recursos directos por apelación denegada, de recursos de queja por retardo de justicia contra las Cámaras Nacionales de Apelaciones y, por último, de contiendas de competencia en donde no exista un órgano superior jerárquico. Finalmente debemos rescatar dentro de esta competencia, el remedio previsto en la Ley 24.463 de 1995, en donde cobró vida, dentro del proceso contencioso-previsional federal – art. 19 –, una nueva intervención amplia de la Corte.

Queda retomar la competencia originaria que el Alto Tribunal posee por directa asignación constitucional. Fundamentalmente, y expuesto acotadamente como presentación, la Corte entiende con exclusividad en las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y también en aquellos en que sea parte una provincia ⁶.

traordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan sólo en la voluntad de los jueces”, la que no fue traspasada sino hasta casi 1940 *in re* “Storani de Boidanich c/Ansaldi” – Fallos: 184, 137 –. La gravedad institucional, tras tibias señales, irrumpió en el famoso caso “Antonio, Jorge s/interdicción” de 1960 – Fallos: 248, 189 – cuando la determinación de su existencia justificaba la intervención del Tribunal en punto a las “condiciones pertinentes para la eficacia del control de constitucionalidad”.

⁶ Cfr. G. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, T. II, Buenos Aires, 1992, pp. 430.

Bajo estos puntos cardinales, el orden normativo adelanta una gran diversidad de tareas, a la vez que permite hacer dos revelaciones. Mientras la competencia originaria procede con carácter excepcional y su interpretación es restrictiva, de imposible modificación por normas legales, aquella por apelación ha sido sensiblemente ampliada en la variante de los recursos ordinarios librando a la responsabilidad del Tribunal, la contención del recurso extraordinario con el requisito de la trascendencia. De este modo, hay un gran tercera instancia federal (y una segunda más reducida en procesos especiales de extradición) e importantes vías para el reaseguro de la supremacía constitucional matizadas por una delicada selección.

El estado de situación en el que nos deja el conjunto normativo repasado, es el de un sistema en apuros. Tal afirmación reposa sobre la cantidad de causas en trámite ante la Corte Federal. Eduardo Oteiza – en un estudio sobresaliente⁷ – lo expuso histórica y estadísticamente, lo que nos permite hacer el siguiente repaso:

1949	1963	1991 (*)	1997-1998 (**)	2000 (***)
1018	1930	8435	54662	35459

(*) Se destaca la presencia de la “daga” (Morello) de los arts. 280/285 C.P.C.C, cfr. art. 2, Ley 23.774.

(**) El número se ve inflado producto de los casos previsionales – art. 19, Ley 24.463 –.

(***) Las causas previsionales eran 18851, siendo 16608 del resto de la competencia del Tribunal.

Del esquema anterior, valga como adelanto, que si lo que se ha buscado es preservar a la Corte como intérprete final de la Constitución, como Tribunal de Garantías⁸, por vía del requisito de la trascendencia en el

⁷ Cfr. E. OTEIZA, *La Corte Suprema de Justicia de la Nación: el recurso extraordinario, la sobrecarga de tareas y la falta de una política judicial superadora*, en AA.VV., *Estudios de Derecho Procesal Constitucional*, sobre la experiencia de las “Ias Jornadas de Derecho Procesal Constitucional” celebradas los días 5 y 6 de setiembre de 2002, Universidad del Salvador, Buenos Aires, en prensa. En sentido análogo, para los últimos datos, A.B. BIANCHI, *Control de Constitucionalidad*, T. II, Buenos Aires, 2002, pp. 314, nota 134.

⁸ La visión del Alto Tribunal sea como intérprete final de la Constitución, como último de control de constitucionalidad o de Garantías es indistintamente utilizada en este estudio. Para ulteriores aclaraciones sobre los términos empleados y sus alcances, A.B. BIANCHI, *Control cit.*, T. II, *op. cit.*, pp. 297-298 o *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, L.L. 19-3-1997, pp. 2-3.

delicado recurso extraordinario, esa visión es incompatible con resignarla irremediabilmente a una tercera instancia federal.

2. Modelo original. Apartamiento.

Se ha destacado que el régimen del remedio excepcional, en cuanto a la competencia apelada de la Corte, fue tomado casi en forma literal de la *Judiciary Act* de 1789 cuya Sección 25 se refleja en el art. 14 de la Ley 48 de 1863⁹. También es bastante claro que la existencia de una competencia originaria tiene fuente indiscutida en la Segunda Sección del art. III de la Constitución Americana¹⁰, de forma tal que, al menos, tuvimos un punto de partida referencial. Por esta razón analizaremos la evolución de la competencia del modelo histórico, procurando observar el paralelo nacional.

Entre nosotros, Bianchi ha distinguido cuatro etapas en el ámbito de la competencia apelada de la Corte americana¹¹, a saber: I. - desde la *Judiciary Act* de 1789 hasta la *Evarts Act* de 1891, donde se establecía jurisdicción a través del *writ of error* en casos civiles contra sentencias definitivas de los tribunales inferiores en orden a un monto que superaba lo establecido (Sección 22) y también por *writ of error* se confería competencia para revisar las sentencias de los superiores tribunales estatales en cuanto se acreditara un planteo federal (Sección 25); II. - la etapa *Evarts* por la que por primera vez se introdujo el *writ of certiorari* aunque limitado, como respuesta a la sobrecarga del Tribunal, posibilitando el rechazo discrecional contra quienes no acudían por vía del *writ of error*; III. - el período desde la *Judiciary Act* de 1925, que implantó el “gran” *certiorari*, esto significó que la Corte actuaba, por norma, según su discreción y IV. - la etapa actual, comprensiva de la reforma de 1988 que definitivamente elimina casi totalmente la apelación reglada al Tribunal como reacción a la criticada acumulación de causas. Este repaso ba-

⁹ Cfr. N.P. SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, T. I, Buenos Aires, 1992, pp. 245 y especialmente 257 donde el autor transcribe comparativamente los dos textos. En idéntico sentido e incluso con remisión al anterior, A.B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos en la Corte Suprema de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1994, pp. 26 y 115 y R. HARO en *La competencia federal*, Buenos Aires, 1989, pp. 69.

¹⁰ Cfr. A.B. BIANCHI, *La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 1988, pp. 107 y sigts; también pp. 140.

¹¹ Cfr. A.B. BIANCHI, *Jurisdicción y procedimientos* cit., pp. 112 y sigts.

sta para destacar, como lo reconociera la Corte de los Estados Unidos, que “[...] los poderes de apelación a la Corte no le son dados por la *Judiciary Act*, vienen dados por la Constitución”, pero ellos son, antes bien, ‘limitados y regulados por cada *Act* [...]’¹².

Así visto, se está ante un Tribunal que posee una discrecionalidad casi absoluta para darle salida a todos los asuntos que le son presentados. Por esta razón, al no ejercer el monopolio del control de constitucionalidad como las Cortes del modelo europeo-continental, “[...] alrededor de las 7000 causas que se le elevan cada año, los jueces seleccionan menos de un centenar de casos”¹³. Más aún, la competencia reglada (*mandatory jurisdiction*) es pura historia, expresión que puede abarcar – incluso – el tema de la competencia originaria, atento al casi nulo volumen de procesos que tramitan íntegramente ante el Tribunal. Al respecto, Henry Abraham apunta que hasta el período de los años 1995-1996, la Corte se tuvo que expedir bajo su jurisdicción exclusiva en tan sólo 170 casos, contabilizados desde la primera oportunidad en 1789¹⁴. Por todo es que pode-

¹² Cfr. *in re “Ex Parte McCordle”*, 7 Wall. (74 U.S.) 506, 19 L.Ed. 264 (1869). En este importantísimo precedente, el *Chief Justice* Samuel Chase, deliverando por el Tribunal, también dijo: “Nosotros no estamos con la libertad de indagar sobre los motivos de la legislación. Solamente podemos examinar su poder bajo la Constitución; y el poder de hacer excepciones a la jurisdicción apelada de la Corte le fue dado con expresas palabras[...]”.

¹³ Cfr. W.J. NARDINI, *Strumenti di Self-Restraint nella Corte Suprema degli Stati Uniti e nella Corte Costituzionale italiana*, pp. 741-767 (la transcripción responde a la pp. 749) en AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2000-I. Respecto de las orientaciones del *certiorari*, la cuestión es difícil de presentar aún para los *justices* de la Corte, cuestión que excede este trabajo. Temas importantes o de especial importancia pueden ser patrones de ayuda aunque también lo es la urgencia (*compelling reasons*). Consultar también U. MATTEI, *L'imperialismo del writ of certiorari: il tramonto della giurisdizione obbligatoria nella U.S. Supreme Court*, en *Rivista Diritto Civile*, 1990, pp. 131.

¹⁴ Cfr. H.J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, London, 1998, pp. 188. Podemos hacer esquemas parciales de esta *original jurisdiction* con base a dos referencias. De un lado, la nota 7 del Profesor de la Universidad de Virginia, que marca 123 casos hasta junio de 1959 y, del otro, la cita que hace A. BIANCHI en *Jurisdicción y procedimientos* cit., pp. 113, nota 169-2do. párrafo. Este último utilizó para su excelente obra una edición anterior de la fuente que se consulta – 5ta. edición, 1986 en lugar de la 7ma. de 1998 –, de modo que el recuento desde 1789 hasta 1985, donde llegaba aquella versión, contabilizaba 156 causas. En síntesis:

1789-1959	1959-1985	1985-1996
123	33	14

mos afirmar que la tarea realmente importante, como intérprete final de la Constitución, no podría pasar inadvertida frente a la atenta mirada de sus integrantes.

Constatemos, al tiempo que podemos comparar los números presentados en el cuadro volcado *ut supra* I, las causas que entraron en este Tribunal ¹⁵:

1948	1958	1968	Octubre 1983	Octubre 1987 (*)
1426	1763	3117	4162	4401

(*) Nos detenemos aquí justamente porque la reforma de 1988 no incidirá significativamente en el volumen de trabajo del Tribunal, al contrario fue introducida para aliviarlo. Si la Corte opinaba en 150 casos por período en la década del '80 – p. ej. 150 sobre 4000 casos –, en 1995 alcanzó uno de los registros más bajos desde 1950: solamente 75 causas.

De nuestro lado y volviendo sobre los primeros pasos dados para introducirnos en el nudo del trabajo, nada más distinto. Esto obedece a diversas razones.

Quizás en donde exista menor crítica sea en la competencia originaria. Alberto Bianchi le asigna importancia en este punto a la Enmienda XI (de 1798), de la cual carecemos ¹⁶. En cualquier caso, aquella se volvió más estrecha mostrando la adaptación a una determinada visión del Tribunal – o simple conveniencia, no es lugar de discutirlo aquí ¹⁷ –, tornando evidente – como contrapartida – la petrificación en nuestro sistema del modelo original, pasado de moda. La salida posible ha sido trazada por la jurisprudencia de la Corte avalando una prórroga de su competencia originaria – en razón de las personas – pero ello sigue siendo incomparable, en

¹⁵ Cfr. G. GUNTHER-K.M. SULLIVAN, *Constitutional Law*, The Foundation Press, University Casebook Series, NYC, 1997 (13ra edición, actualizada al año 2000), pp. 69. También puede consultarse a ABRAHAM *The Judicial* cit., pp. 199. La evolución del período comprendido entre 1991-1996 puede verse con más detalle en el cuadro de la obra de A.M. MORELLO, *Constitución y Proceso – La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, La Plata, 1998, pp. 140 o *Las Cortes Supremas al final de la centuria* (el Congreso Int. de Tesalónica, Grecia, 21-25 de mayo de 1997), E.D. 11-9-1997, pp. 2.

¹⁶ Cfr. A.B. BIANCHI, *La competencia originaria* cit., pp. 122.

¹⁷ Basta decir que a raíz del caso “*Chisholm v. Georgia*” – 2 Dall. (2 U.S.) 419, 1793 – que era un evidente caso originario pero que encerraba temas delicados respecto a la confiscación de bienes en época de la Guerra, la Corte fue preservada para el futuro de los celos estatales.

cuanto a una sensible disminución en los asuntos originarios que tramitan con exclusividad, tomado esto comparativamente con su par americano¹⁸.

Desde otro lugar, las exploraciones respecto de los recursos ordinarios de tercera (o segunda) instancia federal deben dar un golpe de timón y cesar. Quienes fueran redactores del proyecto que terminara siendo la Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, por mencionar un caso, omitieron cualquier análisis sobre el punto de que la nueva impugnación, contra lo que decidieran en suerte los jueces en lo criminal federal, se lleve a cabo directamente ante una Corte Federal (evitándose una instancia) ya sobrepasada de apelaciones previsionales¹⁹. A ello se suma que, en una opinión bastante generalizada entre constitucionalistas y procesalistas, no termina de cerrar, como por otra parte resulta desajustado a la visión de intérprete final de la Constitución, esta existencia de la tercera instancia federal²⁰. Adolfo Rivas bien dice que “[...] no se explica que se recargue a la Corte con más tarea de la que tiene, ni que se considere que las Cámaras no tienen la prudencia y capacidad jurídica como para resolver los m* s arduos problemas que se les presenten [...]”²¹.

¹⁸ Cfr. A.B. BIANCHI, *La competencia originaria* cit., pp. 155. El autor formula reservas sustantivas al respecto; también comentará luego la idea que tuviera al respecto el Consejo para la Consolidación de la Democracia. A favor de mayor elasticidad, R. HARO, *La competencia* cit., pp. 92, 230-231. Desde otra consideración, la Procuradora María Reiriz intentó cuestionar la competencia orginaria en casos donde la demanda a una provincia y la distinta vecindad – por otra –, en material civil, bien podría volver el asunto como de derecho público local (p. ej. *in re* “Miguel Héctor c. Provincia de Buenos Aires”, rta. 27/10/1995 y las citas que allí se hacen). Sin embargo la Corte nunca aceptó esa postura, declarando y manteniendo la intervención del Tribunal.

¹⁹ Cfr. A.J. D’ALESSIO-G.A. DE PAOLI-A. LUIS TAMINI, *La nueva Ley de Extradición y Cooperación en material penal*, L.L. 21-5-1997.

²⁰ Al respecto ni Genaro CARRIÓ pudo anticiparse cuando suscribió: “La Suprema Corte no puede ser caracterizada en modo alguno como un tribunal de tercera instancia, pues en la gran mayoría de los casos ejerce una jurisdicción excepcional o, mejor dicho, extraordinaria”. Para peor, el ex Presidente del Tribunal terminaría afirmando, sobre la jurisdicción apelada ordinaria, que “[...] no incide significativamente en el recargo de tareas de la Corte”; Cfr. su *Don Quijote en el Palacio de Justicia (la Corte Suprema y sus problemas)*, L.L. 1989-E-1131.

²¹ Cfr. A.A. RIVAS, *Tratado de los recursos ordinarios*, T. II, Buenos Aires, 1991, pp. 743-744. No escapa a esta nota la efímera vida del art. 195 *bis* que introdujo la Ley 25.561 derogada por la Ley 25.587 y herido de muerte por el *holdin’* de “Smith” (C.S.J.N. B.32 XXXVIII, “Banco Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención urgente en autos

‘Smith, Carlos A. v. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo’“ del 1 de febrero de 2002). Sin perjuicio de que su naturaleza fue la de un recurso extraordi-

La competencia marcada por el recurso extraordinario está más acorde al modelo original. Ello no implica, como lo cantan los números, que el problema de la competencia de apelación reglada sea una simple contradicción con aquél: es un definido apartamiento e incompatible, como tal, con una Corte *final* de control de constitucionalidad.

3. Modelos alternativos. Tendencias.

De un tiempo a esta parte el modelo original, por decirlo de algún modo, ha cedido en cuanto a los sistemas de control de constitucionalidad. Ello ocurrió por dos vías. De un lado, porque aumentaron los países que crean Tribunales Constitucionales cuya competencia está esencialmente llamada para atender la supremacía constitucional; del otro, porque se preserva el control difuso con matices del control concentrado²².

En nuestra opinión, el control difuso debe ser preservado, debiendo reposar en todos los jueces el control de constitucionalidad sobre leyes y normas que se aplican en el ejercicio del poder. Además es característico del derecho procesal constitucional latinoamericano²³. Sin embargo, respecto del último también está su sello por el control de tipo concentrado. En este punto Allan Brewer-Carías aclara que lo caracterológico es el

nario “salteando instancias”, tenía algo de ordinario (Cfr. E. FALCÓN, en AA.VV., *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Enrique Falcón coordinador, Santa Fe, 2002, pp. 215). Ahora bien, su expresa mención es porque también cae en la crítica apuntada por Rivas.

²² Cfr. E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, “Apuntes sobre la jurisdicción constitucional hoy y sus principales tendencias y desafíos”, en AA.VV., *Estudios* cit., en prensa. En su nota 15, el profesor del Perú destaca el ejemplo, en la última reforma, de la Constitución – art. 105 – y Ley Orgánica del Poder Judicial – art. 10 – de los Estados Unidos Mexicanos en donde le reconocen una competencia característica de control concentrado a la Suprema Corte por las acciones de inconstitucionalidad. Nosotros agregamos que la última vía exige una mayoría calificada del Pleno (8 de 11) cuando sea del caso votar la inconstitucionalidad de normas.

²³ Cfr. A.B. BREWER-CARIAS, *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas, 2001, pp. 34. Siguiendo al Profesor venezolano podemos observar como, en efecto, Argentina (*leading case* “Sojo”, Fallos: 32:120 de 1887), México (1847, a partir del juicio de Amparo), Brasil (Const. de 1891), Venezuela (C.P.C. de 1897 – hoy Const. 1999 –) y en el Siglo XX, Colombia (Const. Ref. 1910), Guatemala (Const. 1921), Honduras (Const. 1982), Perú (Const. 1993), Bolivia (Const. 1994) y Ecuador (Const. 1996) lo han adoptado.

alcance del poder de control y no el órgano competente a tal efecto²⁴. Siguiéndolo podemos esquematizar lo dicho²⁵:

Tribunal Constitucional	Bolivia-Colombia-Chile-Perú Guatemala-Ecuador
Corte Suprema con Sala Constitucional (*)	Paraguay-Salvador-Costa Rica-Venezuela
Cortes Supremas	México-Brasil-Panamá-Honduras Uruguay-Nicaragua-Rep.Dominicana

- (*) Por ejemplo, el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, art. 334: “[...] Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley”.

De la fusión presentada emerge entonces una suerte de sistema mixto del que la Argentina – a nivel federal y hasta el momento – parece sustraerse²⁶. Sin embargo, la realidad – tras la experiencia recogida en el año 2002 – exige cambios o adaptaciones sistémicas, las que deben repercutir necesariamente sobre la competencia del Alto Tribunal.

En atención a cambios, la creación de un Tribunal Constitucional se presenta difícil. Esto no implica ni su imposibilidad como así tampoco que resulte inconveniente pero, en nuestra opinión, no es necesario al control de constitucionalidad. En efecto, siguiendo al profesor de Urbino, con la importante experiencia argentina en supremacía constitucional,

²⁴ Cfr. A.B. BREWER-CARIAS, *Reflexiones* cit., pp. 35 y 96-99. Esta afirmación es coincidente con los estudios europeos en la materia, desde el momento que el control de tipo político es materia del pasado con excepción de Cuba; así E. ROZO-ACUÑA, *Controllo di costituzionalità e difesa dei diritti fondamentali in America latina*, en *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000-IV, pp. 1829 y 1848.

²⁵ Puede consultarse también a A.B. BIANCHI, *El control abstracto de constitucionalidad según el Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Buenos Aires*, E.D. 19-10-2000, pp. 6 y sigts.

²⁶ Por lo que anotamos el sistema mixto, con excepción del caso de Panamá, es distinto a lo que llaman en Europa un tercer grupo de justicia constitucional, por la remisión que los jueces ordinarios hacen a los Tribunales constitucionales, de aquellas causas donde las normas inferiores se enfrentan con la Ley Fundamental. Para una presentación de estos temas, F. FEDE, *La giurisdizione costituzionale nelle repubbliche europee della ex Unione sovietica*, Padova, 2001, pp. 13. En lo referente a Panamá, E. ROZO-ACUÑA, *Controllo* cit., pp. 1857-1858.

no tendría demasiada justificación la aparición de una Corte especializada, a no ser que directamente quiera romperse con el pasado y, como en el caso colombiano, se mire directamente al sistema europeo tradicional²⁷.

Respecto de adaptaciones posibles, nuestro Tribunal podría dividirse en Salas (de modelo europeo, p. ej. *Senat* alemán) o contener una Sala Constitucional (de modelo latinoamericano). Mientras la Corte Federal, en dos momentos distintos, opinó a favor y en contra de esta posibilidad y la doctrina también²⁸, respetuosamente, creemos que es constitucionalmente posible la adaptación aunque no se nos presenta como necesaria y aún menos conveniente. Si bien, en cuanto al modelo costarricense, la experiencia de la jurisdicción constitucional recaída en una Sala de la Corte ha sido exitosa, el contexto de la Corte – en su actual composición – nos impide intuitivamente volcarnos en favor de esta salida. En líneas generales, Costa Rica comprime en la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema todo lo atinente al amparo como garantía de tutela en los derechos fundamentales, así como toda declaración de inconstitucionalidad²⁹. Trasladar ese panorama a la Argentina implica afrontar un tema político de difícil consenso: decidir quienes han de ocupar ese sitio.

Distinto es el modelo europeo (salvando que tratamos con Cortes de jurisdicción constitucional propias de un sistema concentrado), donde por caso, en Alemania, el *Bundesverfassungsgericht* se divide totalmente

²⁷ Cfr. E. ROZO-ACUÑA, *Controllo* cit., pp. 1842. Cuestiones de espacio nos impiden decir mucho más del tema.

²⁸ Al respecto, E. OTEIZA, *La Corte Suprema de Justicia* cit., en prensa; G. R. CARRIÓ, *Don Quijote* cit., pp. 1144-1145 también trató el tema como posible respuesta a la recarga de tareas. Para Néstor P. SAGÜES las cosas siguen como antes y en ese punto marca la relación entre dos trabajos de su autoría, *Recurso extraordinario: ampliación o reducción?*, E.D. 115-953 y “Arbitrariedad v. Certiorari”, L.L. Supl. Decho. Constitucional, 15-5-1998, pp.1-6. Allí en primer lugar se pronuncia sobre la constitucionalidad de la división en Salas para luego preguntarse porque se aumentó el número de jueces sin resolver el punto anterior.

²⁹ De similares características, y por tanto objeto de nuestra crítica, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador, sólo ella, tiene competencia para formular declaraciones de inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, procesos de amparo y habeas corpus; las de Paraguay y Venezuela tienen una competencia importante, aunque menor, Cfr. E. ROZO-ACUÑA, *Controllo* cit., pp. 1851-1858-1863, respectivamente.

en Salas, las que para dar cumplimiento a los casos individuales de *konkrete Normenkontrolle* se subdividieron además en mini-salas o *Kammern*, siendo su normal función el cerrar la vía, denegándola. Ahora bien, en lo que aquí nos interesa, además de que el tema de la división en Salas también fue objeto en Alemania de consensos políticos³⁰, el desacuerdo entre la jurisprudencia del Tribunal lleva a la competencia del pleno la resolución de los puntos. Por ello, a fin de evitar contradicciones en el control de constitucionalidad³¹ y diferir para una etapa de mayor madurez política la posible división de la Corte, ambas razones nos llevan a despedir por ahora a este modelo.

Lo que resta es analizar que ocurre con el control de constitucionalidad por acción directa ante las Cortes, salvando – desde luego – la facultad de los jueces de grado inferior de custodiar la supremacía constitucional en los casos concretos³².

La última propuesta podría calificar como posible, conveniente y, a nuestro juicio, además necesaria. Excede – estamos convencidos – la reducción de tareas del Alto Tribunal puesto que, como en el caso de las leyes para situaciones fácticas de emergencia como las sufridas durante el año pasado, su oportuna implementación colaboraría a destrabar el sistema de justicia en conjunto³³. En efecto, con una nueva competencia

³⁰ La búsqueda de consenso también es tarea del propio Tribunal como cuando colaboró combinando “activismo” y “restricción” – según cuenta Peter HÄBERLE – ante la unificación; con remisión a dos casos antagónicos, Cfr. “*Perspektiven einer kulturwissenschaftlichen Transformationsforschung*” en aa.vv. “*Europäische Rechtskultur*”, Baden-Baden, 1994, pp. 149.

³¹ No obstante que se ha escrito ya que bajo nuestro sistema difuso eramos anárquicos en cuanto a control de constitucionalidad; Cfr. E. VESCOVI, *El proceso de inconstitucionalidad de la Ley*, Cuaderno Nro. 18, Ftad. Dcho. y Ccias. Sociales, Montevideo, 1967, pp. 61.

³² El caso peruano – *exemplo docit*, bien que con órgano especializado – presenta a la competencia de los jueces ordinarios la resolución de las acciones de garantía constitucional (habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento), las que siendo denegadas pueden acudir por recurso extraordinario de revisión al Tribunal Constitucional en la llamada Jurisdicción Negativa de la Libertad; Cfr. A. QUIROGA LEÓN, *El derecho procesal constitucional peruano*, en Aa.Vv., *Constitucionalismo y Derechos Humanos*, Domingo García Belaunde coordinador, U.N. Mayor de San Marcos, A.P.D.C., Lima, 2002, pp. 187.

³³ Si tenemos en cuenta que se activaron más de 120.000 amparos contra las normas de regulación de la emergencia económica que atravesaba – y todavía atraviesa el país – y que debían ser atendidos por sólo 12 jueces con competencia en lo contenciosoadministrativo y esto únicamente por la ciudad de Buenos Aires, caemos en la cuenta de la

originaria para la Corte, con una legitimación activa especial con relación a aquellos que pudieran demandar por la inconstitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos, y por cierto también para aquellos interesados en defender la constitucionalidad de las normas atacadas, un proceso de inconstitucionalidad sería la contracara de cientos o miles de recursos extraordinarios que jamás serían presentados.

Lo expresado hasta aquí, si bien demanda ajustes complementarios y otras reflexiones que seguidamente formularemos, nos evita caer – sin mayor gasto público – ante la tentación de nuevas estructuras, propias de cambios radicales, o bien permite sortear adaptaciones profundas – sin mayores conflictos –³⁴. No obstante, como surge del repaso de modelos latinoamericanos, tomar el camino propuesto sería un paso adelante en miras a un control de constitucionalidad integral, el cual marca la tendencia.

4. Recapitulación. Algunas propuestas.

Ciertamente no somos originales en cuanto a algunas conclusiones que estamos en condiciones de practicar. Al menos la primera parte de esta ponencia, coincide bastante con un núcleo de reflexiones arrimadas por Morello algún tiempo atrás³⁵. En este orden, vemos una amplísima discreción en la admisibilidad de casos y una acentuada reducción de

necesidad de contar con una decisión judicial *final*, de efectos *erga omnes* y además en tiempo *real* u oportuno. Sobre la situación del contencioso apretada en esta nota. Cfr. A. GORDILLO, *Corralito, Justicia Federal de Primera Instancia y contención social en estado de emergencia*, L.L. Supl. Dcho. Administrativo, 26-4-2002, pp. 1-6.

³⁴ No estamos seguros si la idea de un Tribunal de Casación Federal u otro intermedio para los casos del “cuarto” inciso de la Ley 48 responde a un gran cambio o a una profunda adaptación. Sobre sus problemas, ya Genaro R. CARRIÓ en su *Don Quijote* nos advertía. Ocurre que toda la idea de casación es superada por la falta de competencia para atender la arbitrariedad de sentencias, a no ser que se la regule – v. gr. el caso mendocino –; y en el caso de un tribunal para las últimas, aún quienes alegaran arbitrariedad al contestar la arbitrariedad, no podrían ser obstaculizados en su camino a la Corte. En tanto, remitimos al lector a la prudencia de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI en *Un tribunal nacional de casación para la República Argentina*, L.L. 8-8-2001, o para un enfoque más optimista, Augusto MORELLO, *La casación un modelo intermedio eficiente*, La Plata, 2da. Edición, 2000, pp. 548.

³⁵ Cfr. A.M. MORELLO, *Constitución y Proceso* cit., pp. 150 o *Las Cortes Supremas* cit., D. 11-9-1997, pp. 4.

competencias, especialmente la originaria. No obstante, como se pudo adelantar, el asunto es más que eso.

Una competencia marcada por la trascendencia, análoga al modelo original, requerirá como “piso”, de la aplicación de algunas reglas que gobiernan la competencia por *writ of certiorari* de la Corte de los Estados Unidos³⁶. De todas ellas, y esto también se ha dicho, probablemente la regla de cuatro (*rule of four*) se nos presenta como impostergable. En efecto, su incidencia practica es alta por cuanto elimina uno de los más graves problemas del Alto Tribunal en su competencia excepcional: la falta de consenso en el estudio de los casos. Sea por una mínima mayoría inclinada en favor de la inadmisibilidad o una amplia minoría en contra de la admisibilidad, la decisión judicial que de allí resulte adolece del poder inherente a la Corte³⁷. Entonces la variación radicaría en la mutación de que “[...] obviamente, la desestimación de un recurso con la sola desestimación del art. 280 no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida. Implica, en cambio, que esta Corte ha decidido no pronunciarse [...] por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho [...]”³⁸ por cuanto “[...] una denegatoria simplemente significa que menos de cuatro miembros de esta Corte no han deseado la revisión de una corte inferior como materia de su discreción [...] la Corte ha insistido con rigor que la dene-

³⁶ Puede seguirse la utilidad de esto, por la experiencia de ese Tribunal: p. ej. la regla 10 citada por Eduardo OTEIZA, *El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso*, J.A. 4-2-1998, pp. 4 o *Revista Jurídica U.P.*, abril de 1998, Buenos Aires, año 3, número 1, pp. 71 y sigts. La última cuando menos dice: “Una revisión por writ of certiorari no es materia de derecho sino de discreción judicial, la cual se concederá únicamente cuando los existan especiales e importantes razones para esto” (*A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion, and will be granted only when there are special and important reasons therefor*). Como sea, no existe en verdad mucha distancia de esta regla y la trascendencia.

³⁷ Lo apuntado hace a la cuestión más preocupante. Otras falencias, sin que pretendamos agotar lo discutible pueden encontrarse en Fallos: 316: 177, donde una aplicación del art. 280 es complementado con “[...] costas por su orden, atento a que los apelantes pudieron considerarse con derecho a recurrir”; en tanto en Fallos: 320: 1463 – consid. 3ro. – la Corte selecciona que responder, por ejemplo “Que en cuanto al primero de los agravios, el remedio federal es inadmisibile [...]”, entre muchos otros.

³⁸ Fallos: 316: 64 voto de los jueces Barra, Belluscio y Boggiano, reiterado *in re* “Asociación de Prestaciones Sociales para Empresarios v. Set Sociedad Anónima” – consid. 3ro. y sus citas – (rta. 21-12-1999) e *in re* “Operto, Francisco O. v. Comuna de Lehmann” (rta. 15-2-2000), transcriptos en J.A. 6-12-2000, pp. 75 y 78, respectivamente.

gatoria no implica una visión de ella sobre los méritos del caso cuya revisión declina”³⁹.

Si la implementación de esta ingeniería procesal constitucional no va acompañada de la pronta supresión de la competencia por apelación ordinaria⁴⁰, además de resultar impotente, terminará por volverse inconstitucional aún cuando no lo es. Tomamos esta posición por cuanto compartimos el razonamiento de Sagüés; el gran problema del art. 280 es el principio de igualdad⁴¹ pero no sólo ante la contingencia de dar trato desigualitario a los remedios con bases intrascendentes sino porque, como destacara el Tribunal, si la trascendencia por medio de la norma le permite cumplir con mayor eficacia con el control de constitucionalidad, es un absurdo que lo obstruyan convirtiéndolo en tercera instancia reglada. La compensación entre un grifo “abierto” sin mayores límites y otro “casi cerrado” con recurrentes que – en su mayoría –⁴² no escaparán de su irremediable destino podría ser inconstitucional.

No obstante, adoptar medidas como las anteriores no cubre todas las demandas existentes pues ya hemos dicho que se necesitan decisiones finales, con efecto *erga omnes* y con celeridad, sin perjuicio del control difuso para casos puntuales de todos los demás jueces. Esto nos lleva a propiciar una modificación de la competencia originaria, si bien sabemos

³⁹ Así, el *Justice Frankfurter in re “Maryland v. Radio Show”* (338 U.S. 912, 1950). Por otro lado, la admisibilidad por acuerdo de cuatro miembros, autores como Lino Palacio y Elías Guastavino reconocen aquí una de las diferencias entre ambas Cortes; ver, *Recurso extraordinario federal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 28-29 y *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, La Rocca, Buenos Aires 1992, pp. 464-465. No es aquí el lugar para tomar partido por mayores elementos que vuelvan más “objetivo” el juicio de admisibilidad.

⁴⁰ El juez Boggiano ha intentado, sin éxito, colocar el art. 280 dentro de la competencia del remedio ordinario, p. ej. *in re “Ana Teresa Scheffer v. Nación Argentina y otro”*, Fallos: 323: 2131, entre otros. Nosotros no aceptamos la tesis por cuanto implica que el recurso deje de ser ordinario y entonces no tendría razón de existir la distinta naturaleza y alcances entre uno y otro. Santiago Legarre analiza el tema y deja una puerta abierta en “Una puesta al día en materia de ‘certiorari’” en AA.VV., *Estudios cit.*, en prensa. Su libro ya lo anticipaba: *El requisito de la trascendencia en el recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Baires 1994, pp. 93-94. Contrario a esto HÉRCULES en *Aplicación del certiorari en el ámbito del recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema*, Lexis-Nexis J.A., pp. 74-75.

⁴¹ Cfr. Néstor P. SAGÜÉS, *Derecho Procesal Constitucional – Recurso Extraordinario*, T. II, Buenos Aires, 1992, pp. 525.

⁴² Es SANTIAGO LEGARRE quien cuenta con los datos exactos en esto, ver *Una puesta cit.*, en prensa.

que esa reforma implica movimientos políticos profundos, excediendo la regulación legal de competencia de la función legislativa de gobierno. Los jueces federales, lo decimos a sabiendas de la necesidad de un análisis ulterior más profundo, pueden sustanciar los juicios originarios que hoy transitan por la Corte. Con esa transferencia, la misma estructura del Alto Tribunal – la de asuntos originarios – puede colaborar con el trámite de las acciones de inconstitucionalidad. Con estricta remisión a esta vía de control de constitucionalidad abstracta, que extendería el control de constitucionalidad a la condición de pleno, la legitimación calificada – pensamos tentativamente – puede ser de un tercio de los miembros de una de las Cámaras del Congreso o bien fijarse otro número, extenderse al Presidente, al Defensor del Pueblo, gobernadores u otras autoridades de provincia, etc.⁴³. Podría, incluso, extenderse esta posibilidad a determinada cantidad de habitantes, principalmente ante la desconfianza que pueda presentarse por variables en las composiciones de los órganos políticos con capacidad procesal para actuar y sus relaciones con la Corte Suprema. Es de esperar que esta reformulación de la competencia, de ocurrir, no sea alterada por los actores aunque esa..., esa es otra historia.

5. Síntesis. Ponencia.

– La competencia de la Corte en apelaciones ordinarias debe cesar por cuanto ello es incompatible con la visión del Alto Tribunal Federal como supremo intérprete de la Constitución;

– En consecuencia, se expandirá la competencia por vía del recurso extraordinario con la discreción por norma del art. 280 la que, sin embargo, debe ser reglada en miras a sentencias consensuadas, proponiendo como antes lo hicieran otros, de mínima, una *rule of four*; y

– Se debe modificar la actual competencia originaria, retrayéndose hacia los jueces federales la que denominaremos “histórica” y promoviéndose un control de constitucionalidad pleno en Argentina, instituyendo uno de tipo concentrado por vía de una acción de inconstitucionalidad (con especial legitimación), el que coexistirá con el actual control difuso para casos concretos de los restantes jueces de la República.

⁴³ Cfr. redacciones análogas, Art. 93 *Grundgesetz* de Alemania, art. 161 Constitución de España, arts. 127/sigs. *Costituzione* de Italia, arts. 119/21 Const. de Bolivia, etc., aunque se trata de jurisdicción constitucional especializada pero también se observa en Cortes Supremas: art. 103 en el caso de Brasil, art. 105 de los Estados Unidos Mexicanos, etc.