

**EL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL COMO SISTEMA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Por Jorge A. Rojas

**1.- INTRODUCCION: Las nuevas fronteras del R.E.F.**

Bien sabido es, que a través de su jurisdicción, tanto apelada como originaria, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene como misión fundamental, actuar en resguardo del principio de supremacía constitucional que consagra el art. 31 de la Constitución Nacional (C.N.).

Ésta, como Ley Fundamental de un Estado, establece los principios en los cuales se sustentará su gobierno, además de reglamentar el ejercicio de sus potestades soberanas, determinando además los cuerpos, o instituciones, o personas, en quienes serán confiados esos poderes, como asimismo de qué manera serán ejercidos, de tal modo se convierte en el fundamento primario del ordenamiento jurídico vigente.

Así es como resultan pasibles de invalidación, las normas o actos creados por los poderes constituidos, al margen de la competencia y de los principios trazados por el poder constituyente, aspecto central a tener en cuenta en esta tarea.

Sin embargo, no es menos cierto -por evidente- que existe un nuevo orden mundial, en el cual, ni Argentina, ni ningún país del orbe, que se precie de respetar el orden jurídico, puede quedar sustraído, ya que conceptos antes tradicionales, como el de soberanía<sup>1</sup>, o el de jurisdicción, hoy requieren nuevas lecturas, por imperio de esa nueva cosmovisión que se ha dado en denominar globalización<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Enseñaba Joaquín V. Gonzalez, a finales del siglo XIX, que el concepto “soberanía” sufrió variaciones con el correr del tiempo pues había varias escuelas que habían sentado diversas doctrinas, unas vinculadas a aspectos divinos, otras vinculadas a aspectos dominiales, sobre todo vinculándolas a cuestiones territoriales, las cuales habían quedado superadas por el avance de las ciencias y el raciocinio, encontrándose por sobre todas ellas la que sirve de fundamento al derecho que consiste en la suprema potestad que tiene el pueblo para darse su constitución, organizar su propio gobierno y regirse por sus propias leyes, de ahí que concluya que la soberanía reside en el pueblo de la Nación (Joaquín V. Gonzalez, Manual de la Constitución Argentina, Ed. Angel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1897, p. 88 y ss.).

<sup>2</sup> Cassese destaca que el término “globalización”, es reciente, pues sostiene que fue acuñado en 1983 por el profesor de la Universidad de Harvard, Theodore Levitt (Cassese, Sabino; La Globalización Jurídica, Ed. Marcial Pons, 2006, p. 15). Pero además, concretamente sirva como ejemplo de lo expuesto las leyes 25.390 y 26.200 a través de las cuales nuestro país primero aprobó el Estatuto de Roma por el cual se crea la Corte Penal Internacional, y luego por la segunda de las leyes

En el pasado, sostiene Galgano, el nacionalismo era estandarte de los pueblos que querían independizarse de potencias que consideraban extranjeras. Hoy, es más bien una opción de mercado. La independencia que se reivindica está en función de una nueva dependencia económica electiva. Se quiere sustraer de un área de influencia, para entrar en otra diferente. A la soberanía nacional, no asociada más a una riqueza nacional, le queda sólo un dato nominalista. La adhesión a entidades supranacionales es para los Estados una renuncia a la propia soberanía sólo en sentido formal. En términos sustanciales estas adhesiones nacen del conocimiento de que la dimensión nacional no es más la dimensión idónea para un efectivo ejercicio de la soberanía<sup>3</sup>.

Esto en la realidad se puede palpar en forma concreta, pues ninguna nación puede sustraerse a mantener relaciones solo comerciales con el exterior. Figuras jurídicas como el contrato a distancia dejó de ser una posibilidad remota, pues ya se transformó en moneda corriente, por el acortamiento de esas distancias que ha provocado el avance de las comunicaciones, o bien a reconocer que existen contratos que permiten su propia inmunidad, para evitar precisamente un trámite judicial que entorpezca el desarrollo de un determinado emprendimiento<sup>4</sup>.

La impetuosa evolución de la ciencia en general, y el desarrollo de las comunicaciones, y los avances provocados por organismos internacionales, en especial en materia de derechos humanos, como las convenciones celebradas por la mayoría de los países miembros de las Naciones Unidas, no es que hayan desdibujado conceptos otrora tradicionales, sino que le han dado un matiz diverso a su alcance tradicional, pues en general se ha provocado un acortamiento en vínculos y distancias que la llamada “globalización”, evidencia como una realidad incontestable.

Sirva como ejemplo de todo lo expuesto, más allá de las proyecciones del Tratado de Roma que llevaron a la creación de la Unión Europea, y sus derivaciones, lo que sucede en Argentina, al adherir a la Convención Americana de Derechos Humanos, al considerar el más Alto Tribunal en un

---

mencionadas se reconoce expresamente la aplicación no sólo del Estatuto sino además la competencia de la referida Corte para juzgar crímenes y delitos que allí se contemplan.

<sup>3</sup> Galgano, Francesco; *La globalización en el espejo del derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 37.

<sup>4</sup> Ver en este sentido Kemelmajer de Carlucci, Aída; “Las garantías a primera demanda”; *Revista de Derecho Privado y Comunitario* nro. 2, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 93 y ss. Además Alegría, Héctor; “Las garantías autoliquidables”, en el mismo número de la *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, p. 149 y ss. También en la misma línea Lorenzetti, Ricardo; *Tratado de los Contratos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. III, p. 525 y ss. Todos ellos constituyen mecanismos que permitirían evitar el trámite judicial que conlleva cualquier proceso de ejecución, de modo de encontrarnos frente a la inmunidad aludida.

pie de igualdad con la Constitución Nacional, no sólo ese Tratado Internacional, sino el conjunto de tratados que se ha dado en denominar “bloque de constitucionalidad”.

Esta realidad, hace que la República Argentina, para seguir el camino del concierto de naciones que propenden a un adecuado desarrollo, protegiendo los derechos y garantías de las personas, en sentido amplio, no puede quedar sustraída, asumiendo un rol pasivo, en temas que tienen una neta raigambre constitucional, no sólo por estar consagrados en la letra de la Ley Fundamental, sino además por estar contemplados en los Tratados internacionales a los que adhirió el país, pues esas son las fuentes en las que deben encontrar respaldo los sistemas garantizadores de los derechos<sup>5</sup>.

El reconocimiento de la labor desarrollada por organismos internacionales de protección de los derechos humanos, también alcanza a derechos de incidencia colectiva, sirva como ejemplo, la acción de amparo que se promovió en Argentina para resguardar el derecho al sufragio de aquellas personas que estaban procesadas, con prisión preventiva y aún no habían sido objeto de condena -la que debía ser interpretada como medida cautelar, según lo señalado por la Corte- como una restricción que resultaba inadmisibile.

Señaló la Corte Suprema en ese precedente, que: “los Estados parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, concepto que implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce”.

“La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos constituye una violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que la expresión garantizar entraña el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que

---

<sup>5</sup> Solo con carácter ejemplificativo podemos mencionar entre otros, el derecho a la salud que contempla el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el derecho a la no discriminación que contempla el art. 2 de la Declaración Universal de Derecho Humanos; el derecho de asociación que contempla el art. 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la libertad de creencias políticas o religiosas que contempla el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; todos ellos se amplían y reiteran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

sean capaces de asegurar jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>6</sup>.

Este ejemplo, que contempla derechos con una concreta incidencia colectiva, es otra muestra elocuente de lo apuntado, más aún teniendo en cuenta que la Corte, precisamente en ese mismo precedente, al margen de la omisión en la que habían incurrido los otros poderes del Estado, señaló la anomalía producida, requiriendo una pronta regularización de la cuestión, para no exponer al país a incumplimientos de orden internacional.

De tal modo, señaló concretamente, que: “la falta de adecuación del derecho interno al art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no constituye óbice para viabilizar su aplicación, pues la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna”.

De lo expuesto hasta aquí, es evidente que lo que se requiere, es una nueva mirada que no se circunscriba estrictamente a la letra de una ley, sino que resulte más amplia y abarcativa, para lograr la mayor efectividad en la concreción de los principios concebidos por el constituyente, en la Constitución del 94 y además en los Tratados Internacionales que a ella fueron asimilados, aún antes del dictado de nuestra Ley Fundamental, por la doctrina que ya había esbozado nuestro más Alto Tribunal<sup>7</sup>.

Lo expuesto hasta aquí permite advertir que esta nueva realidad marca una impronta muy particular, vinculada no sólo al régimen del recurso extraordinario federal (R.E.F.), como herramienta para el ejercicio del control de constitucionalidad y resguardo del principio de supremacía, sino fundamentalmente a la determinación de la existencia de una cuestión federal, también llamada, cuestión constitucional o caso federal, que se constituye en la “llave” que habilita el conocimiento del más Alto Tribunal<sup>8</sup>.

Ello provoca que hoy en Argentina, el abogado que debe plantear un caso, no restrinja su labor al control de constitucionalidad que tradicionalmente llevaba a cabo, y el posible planteo de la cuestión federal que se hubiera

---

<sup>6</sup> Fallos 325:524

<sup>7</sup> Sirva como ejemplo los casos Ekmekdjina c/Sofovich (Fallos 315:1492), Fibraza (Fallos 316:1669), Cafés La Virginia (Fallos 317:1282), Girolodi (Fallos 318:514), entre otros.

<sup>8</sup> La denominación cuestión federal proviene del tecnicismo judicial americano (Ymaz, Esteban y Rey, Ricardo E.; El Recurso Extraordinario, 2da. ed., Ed. Nerva, Buenos Aires, 1962, p. 63.), el cual tanta influencia ejerció y ejerce en el ámbito nacional, a tal punto de reconocer también la doctrina que la Judiciary Act Americana que consagra este recurso en el derecho judicial americano, ha sido tomada como modelo por la Ley 48 que regula el R.E.F.

suscitado, sino además a ejercer un control de convencionalidad, como lo ha denominado la doctrina, vale decir, un control relativo a la compatibilidad de las normas o actos de los gobernantes con los tratados internacionales<sup>9</sup>.

Ello en razón, como se puede inferir de lo expuesto, que la cuestión constitucional puede emanar –por acción u omisión– de autoridades nacionales que violen preceptos expresamente consagrados en los Tratados Internacionales, que el más Alto Tribunal ha interpretado con una jerarquía similar a la Constitución Nacional<sup>10</sup>.

Y en este sentido, no cabe duda alguna con relación a la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya desde antes de la reforma constitucional de 1994<sup>11</sup>, circunstancia que motivó la ampliación de su ámbito de competencia, como eran aquellas cuestiones que provenían de la aplicación o interpretación de un tratado internacional que implicaban concretamente la aplicación de derecho común, considerando que aún en esta línea los tratados internacionales son Ley Suprema de la Nación suscitando su interpretación cuestión federal de trascendencia a los efectos de la vía extraordinaria<sup>12</sup>, toda vez que la ratificación de un tratado obliga internacionalmente al país para que a través de sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen, y su prescindencia puede originar responsabilidad internacional del Estado Argentino, circunstancia que por sí misma configura cuestión federal suficiente<sup>13</sup>.

## **2.- LOS SISTEMAS DE CONTROL**

Para abordar los diversos sistemas de control de constitucionalidad (e inclusive de convencionalidad) que existen, es necesario punto de partida, tener en cuenta que a nivel nacional existe un sistema difuso, que pone en cabeza de cada uno de los jueces su ejercicio, distinguiéndose de otros mecanismos provinciales que contemplan sistemas concentrados o mixtos.

Ejemplo de ello, existe en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que el control de constitucionalidad que contempla el art. 113 de la Constitución local, en primer lugar es abstracto, requiere como requisito fundamental para su viabilidad la inexistencia de caso o controversia (entendida en el sentido

---

<sup>9</sup> Ver Gialdino, Rolando E.; Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad de Oficio – Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, diario L.L. del 20/6/08, p. 1 y ss.

<sup>10</sup> Desde luego que este aspecto también es válido a tener en cuenta a nivel local o provincial, pues puede darse el mismo tipo de controversia entre legislación local con las aludidas convenciones internacionales. La diferencia radicaría en esta línea de razonamiento en el tránsito previo por las vías locales para luego acceder al nivel nacional, a fin de remover los inconvenientes que se planteen.

<sup>11</sup> Véase precedentes citados en la nota 7.

<sup>12</sup> Fallos 318:141

<sup>13</sup> Fallos 318:2639

que contempla el art. 2 de la ley 27), y resulta competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad.

Si por vía de hipótesis una ley es declarada inconstitucional, está prevista su remisión a la legislatura local, para que la vuelva a considerar y en el supuesto que sea ratificada, dentro de los tres meses y por una mayoría especial de 2/3 de sus miembros, vuelve a cobrar la vigencia que había perdido con el pronunciamiento del Superior Tribunal. Desde entonces, su control de constitucionalidad será difuso, pues podrá plantearse solo en un caso concreto.

Como consecuencia de lo expuesto, si se analizan los diversos sistemas de control de constitucionalidad que existen en la Argentina, básicamente se pueden diferenciar en locales y nacionales, por la diversidad que hay entre todos ellos.

En líneas generales, a su vez es dable sostener, que los mecanismos de control están representados por vía de acción, a través de acciones directas de inconstitucionalidad<sup>14</sup>, o la acción de amparo, conforme las previsiones del art. 43 de la Constitución Nacional, o inclusive por vía de excepción, debiendo entenderse a ésta en el sentido genérico de defensa.

Existe además la vía incidental, que es aquella por medio de la cual se introduce la cuestión constitucional en un proceso, si resulta tangencial aunque coadyuvante (aún de modo eventual), para la decisión del pleito, pese a que no constituya el objeto de la pretensión principal.

Finalmente cabe hacer mención a la vía recursiva. Dentro de ésta última pueden distinguirse recursos específicos, tanto a nivel local<sup>15</sup>, como el recurso de inconstitucionalidad que contempla el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires; y similares que existen a nivel nacional<sup>16</sup>.

Sin embargo, todos estos mecanismos de control de constitucionalidad que como se advierte habilitan el tránsito de vías diversas, permiten la

---

<sup>14</sup> Vgr. arts. 683 yss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires entre otros códigos provinciales que en la mayoría de los casos contemplan una acción directa, por oposición a lo que sucede a nivel nacional, pues ha sido una creación pretoriana que existe a partir de la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha permitido configurar una acción de inconstitucionalidad, dentro de los pliegos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, conforme la consagración que definitivamente le diera aquél Tribunal en el precedente "Gomer S.A. c/Córdoba, Pcia. de" (Fallos 310:142).

<sup>15</sup> Por ejemplo los arts. 391 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>16</sup> Como el caso de los arts. 474 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación.

confluencia a un sistema mayor que es el que ejerce la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del R.E.F. ya que desde siempre la doctrina del más Alto Tribunal señala que ella “es el intérprete final de la Constitución”<sup>17</sup>.

Este sistema de control mayor, es al que se restringirá este trabajo, analizando no sólo sus requisitos, sino además su concreta operatividad, para lo cual conviene distinguir dos aspectos que resultan fundamentales en materia recursiva, aquellos requisitos que hacen a la admisibilidad de un recurso, de aquellos otros que hacen a su fundabilidad.

### **3.- EL R.E.F. Y SU CARACTERIZACION**

El R.E.F. no es más que un genuino recurso, que el más Alto Tribunal asimiló a una apelación de carácter excepcional, por la índole de la materia que aborda, que tiene por finalidad la confirmación o revocación (en todo o en parte), de una resolución judicial (o excepcionalmente de otro ámbito), siempre que no haya precluído ni adquirido el carácter de cosa juzgada<sup>18</sup>.

Dentro de la relatividad que importan las clasificaciones, si se distinguen los recursos en ordinarios y extraordinarios, en esta última variante, deben ser incluidos todos aquellos sistemas recursivos a través de los cuales el Estado tiene algún interés particular en su desarrollo, para distinguirlos así de los primeros, porque se han concebido dentro del curso normal del proceso.

En esa línea, se pueden distinguir a su vez los recursos extraordinarios comunes de los excepcionales, siendo los primeros aquellos en los cuales existe en la legislación una regulación específica que prevé su operatividad, como por ejemplo, el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley, a través del cual se persigue la unificación del criterio dispar que pueden tener las distintas salas que integran un tribunal, sobre una determinada cuestión de derecho, a fin de que a través de una función –que se ha denominado-

---

<sup>17</sup> Ello se desprende de la sentencia pronunciada por la Corte con fecha 18/10/1864 in re “Ministerio Fiscal c/Don Benjamín Calvete s/Atentados contra la inmunidad de un senador” (Fallos 1:340). A modo de ejemplo, se advierte el mantenimiento de ese mismo criterio a través de un pronunciamiento más reciente en el cual la Corte refiere a su doctrina. Allí se resolvió que “el tema de las cuestiones políticas no justiciables se relaciona en forma directa, por un lado, con el principio reiteradamente sostenido por la Corte desde 1864, en cuanto a que ella es la intérprete final de la Constitución y, por el otro, con aquel que señala que la misión más delicada de la Justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes” -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- (Fallos 327:2048).

<sup>18</sup> En esa misma línea ver Palacio, Lino E.; *El Recurso Extraordinario Federal, Teoría y Técnica*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 23.

nomofiláctica, se unifiquen en aras a un mayor resguardo del principio de seguridad jurídica.

También cabe incluir dentro de estas previsiones al R.E.F. tradicional, que convendría denominarlo “propiamente dicho”, que es aquél que encuentra regulación específica en las previsiones de los arts. 14, 15 y 16 de la ley 48, y en los arts. 256 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Originariamente a través del R.E.F. propiamente dicho, se resolvían cuestiones únicamente de derecho y específicamente de derecho federal, estando vedado el conocimiento del más Alto Tribunal a cualquier otro tema que no fuera de esa índole.

Para caracterizar una cuestión federal, se debe entender por tal, aquella que versa sobre la interpretación de normas federales o de actos federales de autoridades de la Nación, o acerca de los conflictos entre la Constitución Nacional y otras normas o actos de autoridades nacionales o locales<sup>19</sup>.

Con el correr del tiempo, la Corte amplió el radio de su competencia, considerando que existía también cuestión federal, cuando se producía el dictado de una sentencia arbitraria, denominación que utilizó para descalificar aquellos pronunciamientos que violentaban la C.N. porque excedían toda pauta razonable de interpretación, circunstancia que le permitió a Carrió calificarlas como aquellas que violaban el derecho de defensa, o el derecho de propiedad o constituían un pronunciamiento que reflejaba un inadecuado servicio de administración de justicia, toda vez que no importaban una adecuada correlación del derecho aplicable a las circunstancias fácticas emergentes del proceso<sup>20</sup>.

Esta doctrina que comenzó a tejer la Corte a partir del caso “Rey c/Rocha” del año 1909<sup>21</sup>, recién tuvo carta de ciudadanía treinta años después, en el caso “Storani de Boidanich” del año 1939<sup>22</sup>, con lo cual Carrió distinguió, un ámbito normal del R.E.F., que era el reservado al antes denominado propiamente dicho, y uno excepcional, en donde se incluyen aquellas vías impugnativas que no tienen una regulación específica en la letra de la ley, sino que han sido una creación pretoriana del Alto Tribunal.

---

<sup>19</sup> Idem nota anterior.

<sup>20</sup> Véase Carrió, Genaro R.; *El Recurso Extraordinario por Sentencia Arbitraria*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, T. I, p. 21 y ss.

<sup>21</sup> Fallos 112:384

<sup>22</sup> Fallos 184:137

Además de esta variante, es decir el R.E.F. por sentencia arbitraria, en el año 1960, a través del leading case “Jorge Antonio”<sup>23</sup>, quedó delimitada una nueva variante, el denominado R.E.F. por gravedad institucional, a través del cual se produjo una especie de laxitud en la interpretación de algunos requisitos que había previsto la Corte, en especial el alcance del sintagma “sentencia definitiva”, que se constituyó para la Corte en no sólo aquella que ponía fin al pleito, o impedía su continuación, sino que podía generar un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

Más cercano en el tiempo, se produjo otro pliegue más dentro de la competencia que admitió la Corte para conocer por vía extraordinaria en un determinado asunto, en el caso “Dromi” o “Aerolíneas Argentinas”<sup>24</sup>, a través del cual la Corte dejó de lado todos los requisitos que hacían a la admisibilidad del R.E.F. y se avocó al conocimiento de una causa en trámite en la instancia de grado inferior, saltando las instancias que habitualmente debería haber recorrido el proceso, de ahí el nombre que se adoptó de “per saltum”, o “by pass”, o por salto de instancia.

Con lo cual, como podrá advertirse sin mayor esfuerzo, no tenemos en este escenario un R.E.F., sino por el contrario, uno propiamente dicho, en el ámbito normal; y tres variantes más en el ámbito excepcional, el R.E.F. por sentencia arbitraria, por gravedad institucional y por salto de instancia o per saltum.

Como consecuencia de ello, resulta evidente que no se podrán considerar idénticos, en todos los casos, los requisitos de admisibilidad que hacen a la viabilidad del R.E.F., ya que habrá que estar a la suerte de cada variante en particular para conocer las circunstancias que habilitan el conocimiento del Alto Tribunal, que inclusive aún dentro del ámbito normal admite innumerable cantidad de excepciones a tener en cuenta<sup>25</sup>.

Menos aún las particularidades que hacen a su estudio, de ahí que exista una línea de doctrina que considera apropiado concebir una nueva rama del conocimiento como desprendimiento del derecho procesal y constitucional, que estaría representado por el derecho procesal constitucional, pues no terminaría nunca la distinción sobre si el estudio del R.E.F. corresponde a la primera o a la segunda de las disciplinas mencionadas.

---

<sup>23</sup> Fallos 248:189

<sup>24</sup> Fallos 313:863

<sup>25</sup> Sirva como ejemplo de esa indeterminación que lleva al casuismo, la posibilidad del Alto Tribunal de la declaración de oficio de una inconstitucionalidad conforme la doctrina sentada en el caso Banco Comercial de Finanzas (Fallos 327:2117).

Si bien es sencillo advertir que se trata de un recurso, más allá de su calidad extraordinaria, es de la esencia del derecho procesal su estudio como mecanismos de impugnación de resoluciones judiciales.

Pero a su vez, se señala que la cuestión federal es una cuestión constitucional, y en ella -como enseña Morello- se arroja el corazón del recurso extraordinario federal<sup>26</sup>, por lo cual -se considera- que eso resultaría materia del derecho constitucional.

Lo cierto es que en la realidad coexisten estos dos ámbitos de conocimiento abordando al sistema impugnativo en estudio, cuyas particularidades llevan a analizar los presupuestos que hacen a su admisibilidad (desde el punto de vista formal) y fundabilidad (desde el punto de vista material), a fin de lograr su concreta operatividad, aunque se restringirá el estudio -por lógicas razones de extensión- solo al comportamiento de la cuestión federal dentro de todos esos requisitos.

#### **4.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD**

Son requisitos de admisibilidad, aquellos que permitan al tribunal que resulte competente para entender en un determinado recurso, comprobar la reunión de todos aquellos presupuestos que permitan abocarse al estudio de los agravios que son materia del recurso.

Mientras que deben interpretarse requisitos de fundabilidad, aquellos recaudos que permitan al tribunal del recurso entender en el fondo de la cuestión planteada, de modo de hacer mérito de esos agravios, a los fines de confirmar o revocar, sea en todo o en parte, el pronunciamiento impugnado.

Si bien el R.E.F. tiene una importante serie de requisitos a observar, que la propia Corte a través de sus Digestos los ha clasificado en comunes, propios y formales, esta tarea se circunscribirá -como se señaló- al análisis del comportamiento que se debe observar frente a la cuestión federal, en relación a cada uno de esos requisitos que fueron agrupados por el Alto Tribunal.

En el primer bloque, dentro de los requisitos propios del R.E.F. que consisten en la existencia de un *pronunciamiento emanado de un tribunal de justicia*, en el cual se halla ventilado *una cuestión justiciable*, dentro de un *caso o juicio*, y la *subsistencia de todos los requisitos* al momento que la Corte emita su decisión, lo que deberá existir inexcusablemente es un *gravamen*, que deberá tener carácter federal suficiente, sea porque se haya gestado a través de una

---

<sup>26</sup> Morello, Augusto M.; El Recurso Extraordinario (con la colaboración de Ramiro Rosales Cuello), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 166).

actuación o de una omisión de una autoridad o de la aplicación (u omisión) de una norma de alcance general que afecte un derecho federal, o un principio o garantía consagrado en la Ley Fundamental.

La Corte, desde siempre ha interpretado al R.E.F. como un recurso de apelación de carácter excepcional, con lo cual se constituye en un requisito primordial la existencia de un gravamen, que no puede ser de cualquier índole, porque no se puede pretender sostener una simple discrepancia con los jueces de grado inferior, sobre los criterios de interpretación con respecto al gravamen que se invoque, sino por el contrario, demostrar el compromiso de materia de índole federal en los agravios que se sustenten.

La cuestión que surgiría aquí es si la cuestión federal puede implicar, en atención a lo reseñado anteriormente, una cuestión que exceda el ámbito de la legislación federal.

Desde luego que la respuesta es positiva, a partir de la creación de la doctrina de la arbitrariedad gestada en el propio seno del más Alto Tribunal, pues allí lo que admitió la Corte, es que en casos excepcionales se pueden analizar cuestiones de derecho común o local, u otras que no resulten materia natural del R.E.F.

Esto introduce la tarea en el campo de los requisitos propios del recurso extraordinario, cuyo primer recaudo es precisamente la existencia de una cuestión federal, que ya se ha caracterizado anteriormente, más allá que la resolución que se impugna debe tener *relación directa e inmediata* con aquello que debe ser objeto de la decisión de mérito, es decir, no puede resultar cualquier cuestión de índole federal, sino por el contrario la que tenga relación con el fondo del litigio pues se requiere su concurrencia a los fines de la admisibilidad del recurso.

A su vez, se requiere que la decisión que se haya obtenido consista en un *pronunciamiento contrario* al derecho federal invocado por el recurrente, de modo de apreciar al Alto Tribunal las eventuales implicancias de esa decisión en relación al principio de supremacía constitucional.

Sin embargo, ni la caracterización, ni la relación directa, ni el resultado adverso de la cuestión federal invocada, resultan cuestiones complejas para interpretar el R.E.F., sino por el contrario, transitar los sinuosos caminos que se dibujan a partir de la gestación de situaciones dentro del ámbito que se ha denominado excepcional, esto es el referente a la existencia de una sentencia arbitraria, o de una cuestión de gravedad institucional.

Para ello, conviene tener presente que la cuestión federal no siempre surge en forma clara y concreta del caso a plantear, sino que puede resultar sobreviniente, por ejemplo, con el dictado de una sentencia que pueda ser considerada arbitraria<sup>27</sup>.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la Corte siempre ha interpretado que la doctrina de la arbitrariedad posee carácter excepcional y no tiene por objeto corregir pronunciamientos supuestamente equivocados o que se consideren tales, en orden a temas no federales, pues para su procedencia se requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa o una absoluta carencia de fundamentación que descalifique la sentencia apelada como acto jurisdiccional válido<sup>28</sup>.

De ello se puede inferir, no sólo la íntima relación existente entre el gravamen de índole federal, sino además la concepción que le da la Corte a una cuestión federal, que no puede quedar representada por una simple divergencia de tipo interpretativo, o ético, o académico, con la valoración que ha hecho el juez de la causa, por ejemplo, sobre la prueba rendida, sino que a través de esa situación se tiene que generar un estado de indefensión suficiente, como para violentar no sólo el legítimo derecho de defensa en juicio, sino el derecho de propiedad, constituyendo el pronunciamiento un inadecuado servicio de administración de justicia, que precisamente reviste el carácter de una función pública primordial.

Otro aspecto importante, que es necesario tener en cuenta para propender a la reunión de todos los requisitos que hacen a la admisibilidad del R.E.F., son los requisitos formales que se deben observar para la articulación del este recurso, que ahora no están únicamente conformados por la interpretación que ha hecho tradicionalmente la Corte a partir de sus precedentes y colectada en sus Digestos, sino además a través de la Acordada 4 del año 2007, que también alude a ellos.

En el desarrollo de los requisitos formales tradicionalmente requeridos por la Corte, se ha señalado que la cuestión federal debe ser deducida en tiempo *oportuno y plantearse correctamente*, si bien la Corte tiene entendido que no se requieren fórmulas sacramentales para su introducción, la misma deberá formalizarse *en la primera oportunidad posible* y además deberá ser *mantenida en todas las instancias*.

---

<sup>27</sup> El requisito de introducción oportuna sólo rige respecto de las cuestiones federales previstas en el art. 14 de la ley 48, y la arbitrariedad no es una de éstas sino en rigor una causal de nulidad del fallo, por no constituir a raíz de sus defectos de fundamentación o de formas esenciales “la sentencia fundada en ley” a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos 325:2262)

<sup>28</sup> Fallos 329:2206

Los usos forenses muestran una práctica habitual, que consiste en la reserva de la cuestión federal, para el hipotético supuesto que no se hiciera lugar a una determinada pretensión, presuponiéndose que esa reserva por sí misma estaría habilitando el posterior acceso al más Alto Tribunal.

La Corte, desde siempre se ha encargado de señalar que ello resulta improcedente, entendiéndose que para el correcto planteamiento de la cuestión federal, entre otros aspectos, se requiere la mención concreta del derecho federal que se estima desconocido y tal requisito no se cumple con la reserva del caso federal<sup>29</sup>.

Ello, en razón que la Corte ha interpretado, que es insuficiente la sola expresión del apelante que de que reserva el caso federal, pues si bien no se requieren términos sacramentales, es necesario que exista un correcto planteamiento<sup>30</sup>; y la mera reserva de ocurrir ante la Corte<sup>31</sup> en caso de una decisión desfavorable no importa un adecuado planteo de la cuestión constitucional, ni tiene por efecto suplir la exigencia del recaudo de su introducción oportuna<sup>32</sup>.

Con lo cual, lo que está señalando la Corte, es que no se puede omitir tener en cuenta el sistema de control de constitucionalidad difuso que rige a nivel nacional, ya que todos y cada uno de los jueces está habilitado para resolverla y su falta de planteamiento importa una inobservancia del principio de congruencia, cuando se pretendería una decisión sobre una cuestión que no fue debidamente articulada<sup>33</sup>.

Ello se puede inferir claramente de las decisiones del más Alto Tribunal, que han interpretado también pacíficamente, que la omisión de los jueces de grado inferior en pronunciarse sobre la cuestión federal que fuera correcta y oportunamente articulada importa su denegatoria, y por ende la habilitación de la vía extraordinaria<sup>34</sup>.

Se puede sostener su falta de planteamiento oportuno en la imprevisibilidad de las circunstancias que han sido objeto de decisión, aspecto éste que puede

---

<sup>29</sup> Fallos 259:194

<sup>30</sup> Fallos 272:57

<sup>31</sup> No resulta suficiente para la oportuna introducción de la cuestión federal (Fallos 303:1264).

<sup>32</sup> Fallos 306:979

<sup>33</sup> Si el planteo de inconstitucionalidad no fue oportuno, el sentenciante no estaba obligado a pronunciarse sobre el punto, por lo que no cabe interpretar su silencio como resolución contraria implícita (Fallos 304:1885).

<sup>34</sup> Si la sentencia no ha tratado concretamente la cuestión constitucional oportunamente introducida en la causa, cabe afirmar que existe, un pronunciamiento implícito contrario al derecho federal invocado (Fallos 271:206). El hecho de haber fundado el decisorio en la propia norma cuestionada de inconstitucional, implica un pronunciamiento implícito adverso a tal pretensión (Fallos 310:1061).

acercar a la llamada reserva. No obstante ello, la Corte pone en cabeza del litigante la carga concreta del planteo, cuando –a su criterio- se trate de una cuestión previsible<sup>35</sup>, liberando de esa carga al justiciable cuando las circunstancias se tornen imprevisibles<sup>36</sup>.

Un aspecto más a tener en cuenta con relación a la observancia de la cuestión federal, que recientemente ha incorporado la Corte, es que precisamente se vuelque en el formulario que encabeza el R.E.F., que fue diseñado por la Acordada 4/2007 del Alto Tribunal, todos los aspectos a los que se ha hecho mención con relación a la cuestión federal, de modo que se tenga presente a través de la síntesis que refleja esa planilla<sup>37</sup>, la fiel observancia de todos los recaudos que hacen a la admisibilidad de este medio de impugnación.

Es conveniente tener en cuenta, que los requisitos de admisibilidad del R.E.F. no solo son observados por el superior tribunal de la causa, ante quien se debe interponer, sino además, como tribunal del recurso, por la propia Corte Suprema, quien en este sentido ha interpretado que “el examen de los requisitos de admisibilidad del recurso extraordinario constituye una cuestión previa, que obliga a la Corte a considerar si al momento de su interposición se fundan adecuadamente aquellas cuestiones”<sup>38</sup>.

## **5.- SOBRE LA FUNDABILIDAD**

Como fuera señalado, la fundabilidad del recurso apunta a la posibilidad de que el Tribunal analice los agravios esgrimidos por el recurrente, para modificar en todo o en parte la decisión objeto de la impugnación, o eventualmente confirmarla.

Este aspecto, remite a la consideración en concreto de la cuestión federal que se suscitó en el pleito, circunstancia que amerita la existencia de un requisito más a tener en cuenta para su planteo, que es su trascendencia, ya que la Corte requiere que sea suficiente, o sustancial, o trascendente, aspecto éste que luego vino a corroborar de algún modo la ley 23.774, cuando consagró el

---

<sup>35</sup> La cuestión federal era previsible, si la solución acogida por el tribunal había sido adoptada por la minoría del tribunal administrativo donde se radicó el proceso (Fallos 300:520). La cuestión federal debió proponerse al conocer los agravios que la contraria formuló contra el fallo de primera instancia, y no en la apelación federal, pues a partir de aquella ocasión ya era previsible la admisión de dichos planteos (Fallos 312:2526).

<sup>36</sup> Es oportuno el planteo de la cuestión federal en el escrito de interposición del recurso extraordinario, si los agravios recién se habrían configurado al dictarse la sentencia revocatoria de segunda instancia (Fallos 304:755).

<sup>37</sup> En el mismo sentido señala Sbdar que se trata de formularios que ofrecerán al Tribunal una síntesis del contenido de la impugnación, a la manera de presentación del caso, proporcionándole una primera aproximación a los distintos requisitos de admisibilidad que el REF y el directo deben reunir (Sbdar, Claudia; L.L., suplemento actualidad del 22/11/07, p. 2).

<sup>38</sup> Fallos 328:1108

llamado certiorari “argentino” o “negativo”, para que con la sola invocación de las previsiones de los arts. 280 ó 285 del Código Procesal, el Alto Tribunal pueda desestimar sin más un R.E.F., o eventualmente un recurso de queja.

En esta línea la Corte ha interpretado, desde siempre, no pudiendo por ende considerarse que ello sea una consecuencia directa de la implementación del certiorari, que para habilitar su competencia por vía extraordinaria, la cuestión federal debe ser trascendente, o suficiente, o sustancial, siendo necesario, determinar con carácter previo, si existen diferencias entre estas categorías utilizadas por la Corte para precisar este concepto tan indeterminado.

A poco de analizar los precedentes del Alto Tribunal, se puede advertir que ello no implica las distinciones que se pueden imaginar, ya que ha sostenido la Corte con relación a la trascendencia de la cuestión federal, que “la desestimación de un R.E.F. con la sola invocación del art. 280 del Código Procesal, implica que la Corte ha decidido no pronunciarse sobre la presunta arbitrariedad invocada, por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción en debido proceso, o en su caso, otra cuestión federal trascendente o sustancial en los términos de la norma precitada”<sup>39</sup>.

Como se advierte, el propio Tribunal utiliza los adjetivos trascendente y sustancial a través de la cópula conjuntiva “o”, que da la idea de un mismo significado.

A su vez, la Corte ha resuelto, que “las cuestiones federales se tornan insustanciales cuando una clara y reiterada jurisprudencia, 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”<sup>40</sup>.

Como aproximación a la adecuada fundabilidad del R.E.F. a través de una cuestión federal trascendente, se pueda pensar, más allá de la vaguedad de esos conceptos, en la vinculación de la materia objeto de debate, con el derecho federal invocado; mientras que cuando se alude al carácter insustancial, se pueda inferir la interferencia de otras cuestiones (vgr. de hecho, de prueba, de derecho común, etc.) con derecho federal o algún principio constitucional.

---

<sup>39</sup> Fallos 315:2264

<sup>40</sup> Fallos 304:133

En esa línea, la Corte interpretó que “existe cuestión federal suficiente si se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la C.N., como así también la violación al art. 18 in fine del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forma parte del bloque constitucional”<sup>41</sup>.

Como se puede advertir de los precedentes citados, se plantean idénticos inconvenientes cuando se trata de deslindar el sentido de la voz suficiente con la que se adjetiva la cuestión federal, toda vez que se alude también a aspectos de índole federal.

Por lo tanto, una aproximación a ese deslinde, se puede inferir del hecho que, mientras el carácter sustancial se puede vincular con la doctrina ya sentada por la Corte, para todo tipo de cuestiones, esto es la relacionada con interpretación de normas de derecho común o local, o similares, la cuestión federal resulta trascendente o suficiente, cuando lo que está en juego es la interpretación de neto derecho federal y su proyección permite un acercamiento como señala la doctrina (Palacio, Bianchi, entre otros), al concepto de gravedad institucional, porque excede el mero interés de las partes involucradas en el conflicto.

Sin perjuicio de la imprecisión que surge de los contornos de cada una de esas adjetivaciones, lo cierto con referencia a la fundabilidad del R.E.F., que se vincula con la observancia del principio llamado de trascendencia por la Corte, convoca al reconocimiento de la convivencia de dos sistemas diversos<sup>42</sup>.

Uno el sistema de raíz romanista, de derecho continental, que se desarrolla en todas las instancias de grado inferior; y por otro lado, un sistema de corte anglosajón, como es el sistema del common law, en donde la observancia del *stare decisis*<sup>43</sup>, en la que se apoya esta concepción, hace que si bien se tiene en cuenta la letra de la ley o de los códigos, no es menos cierto que deba observarse la doctrina del precedente, que usualmente utiliza el Alto Tribunal para apoyar sus decisiones.

---

<sup>41</sup> Fallos 328:1146

<sup>42</sup> Aspecto que ya abordamos, destacando la amplitud y la restricción que se produce en la competencia de la Corte en “Pliegues y repliegues de la cuestión federal”, Revista de Derecho Procesal nro. 3, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 297 y ss.

<sup>43</sup> El nombre completo es “*stare decisis et quita non movere*”, que en una traducción flexible significa “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto” (Legarre, Santiago; “*Stare decisis* y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos, EDCO 2005-676).

Esta doctrina del “stare decisis”, supone que un tribunal al fallar un caso, debe seguir obligatoriamente lo decidido en aquél en el cual se estableció la regla general de derecho aplicable, en la medida en que entre el caso a decidir y el precedente exista una identidad sustancial de hechos, para lo cual conviene tener en cuenta lo que constituye el holding del caso, es decir el conjunto de principios jurídicos en los que se funda el fallo; y el dictum u obiter dictum, es decir “los comentarios al pasar”, o a mayor abundamiento de los cuales podría prescindirse para su solución<sup>44</sup>.

Ello en razón de que el sistema del stare decisis, lo que hace es suministrar a la sentencia precedente una validez distinta de aquella que tenía por virtud de la res judicata<sup>45</sup>.

Si bien la existencia de casos similares para la aplicación de esta doctrina es una cuestión muy imprecisa, la validez de las sentencias precedentes, como fuentes de las que se extraen normas generales, resulta del sistema del stare decisis, que constituye una cuestión estrictamente de fundamentación lógica y de subsunción normativa<sup>46</sup>.

Esta política judicial, es la que se desprende de la labor desarrollada por la Corte Suprema, pues de esa manera ha interpretado que una cuestión federal resulta insustancial porque existe una clara y reiterada jurisprudencia de indudable aplicación y la falta de argumentos no permiten inducir a su modificación<sup>47</sup>, con lo cual para observar adecuadamente el requisito de la fundabilidad necesaria para esta apelación excepcional que representa el R.E.F., resulta requisito inexcusable la configuración de la cuestión federal dentro de los parámetros señalados, pues en definitiva este aspecto central del planteo es el que marcará la suerte futura del recurso<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Véase en esta línea, Bianchi, Alberto B.; Control de Constitucionalidad, Ed. Abaco, 2002, T. I, p. 349.

<sup>45</sup> Cueto Rúa, Julio César; El “common law”, Ed. Abeledo-Perrot, 1997, p. 90.

<sup>46</sup> Cueto Rúa, Julio César, Ob. cit., p. 99

<sup>47</sup> Fallos 194:220

<sup>48</sup> No obstante que la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas.

Carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, especialmente en supuestos en los que dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante (Fallos 307:1094).