

Voces: RECURSO EXTRAORDINARIO

Título: Recurso extraordinario y resolución contraria

Autores: Garay, Alberto F.

Publicado en: LA LEY1993-D, 946

SUMARIO: I. Introducción. -- II. Los textos. -- III. Revisión crítica de la doctrina contemporánea. -- IV. Conclusión

I. Introducción

En fecha reciente efectué un comentario a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pronunciado el 6 de octubre de 1992, en la causa "Jáuregui v. Provincia de Entre Ríos". Dicho comentario tenía como objetivo, básicamente, analizar el fallo de la Corte a la luz de su propia jurisprudencia (1). Uno de los aspectos allí abordados versaba sobre la interpretación de los incs. 2° y 3° del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364). En esta oportunidad intentaré continuar con esa temática pero teniendo en cuenta la opinión de la doctrina. El propósito que persigo es intentar demostrar que cuando el inc. 2° del art. 14 de la ley 48 exige el recaudo de resolución contraria, su satisfacción, cuando esta norma es aplicable, no puede ser obviada. Si la norma es aplicable, y si no se propone, fundadamente, su inconstitucionalidad, no puede válidamente prescindirse ni postularse la prescindencia de la norma. Los jueces carecen de esta competencia.

Quiero expresar mi gratitud a Luis Alberto Divito, quien soportó la lectura de uno de mis borradores. Este agradecimiento deseo hacerlo extensivo también a Marcos Giangrasso, Gustavo Miguens y Marcelo Visceglie. Con ellos debatí algunos aspectos centrales de la problemática que encierra el recaudo de "resolución contraria". Me brindaron distintos enfoques de gran valor que, en proporción no desdeñable, he recogido en estas páginas. De más está decir que los errores que este trabajo posea son míos.

II. Los textos

El art. 14, inc. 2° de la ley 48 establece que sólo se puede apelar ante la Corte la sentencia definitiva superior de provincia:

"Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia" (Bastardilla agregada).

Por su parte, el inc. 3° del mismo artículo autoriza este remedio excepcional:

"Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un Tratado o ley del Congreso, o de una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio" (Bastardilla agregada) (2).

III. Revisión crítica de la doctrina contemporánea

§ 1. La doctrina clásica

El año 1992 fue muy prolífico en materia de bibliografía atinente al recurso extraordinario. Elías P. Guastavino, Narciso J. Lugones y Lino E. Palacio publicaron la primera edición de sus respectivas obras. Néstor P. Sagüés publicó la tercera, actualizada y aumentada. Los abogados encontraremos allí útiles enfoques y nutridas citas de fallos. Como se verá, es conveniente consultar más de un autor. En estos textos existen diferencias de enfoque importantes.

Palacio, describe y propone lo que clasificaré como la regla general del inc. 2° del art. 14. En cuanto a la primera y refiriéndose a los conflictos suscitados entre la Constitución y normas o actos locales, dice lo siguiente:

"La admisibilidad del REF [Recurso Extraordinario Federal] se halla excluida cuando la sentencia impugnada reconoce la supremacía de preceptos contenidos en la Constitución, en los Tratados o en las leyes del Congreso respecto de normas o actos de orden local. En tal sentido es claro el art 14, inc. 2° de la ley 48 en tanto condiciona la admisibilidad de la impugnación al requisito de que la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia" (3).

Coincide así Palacio con lo expresado por Esteban Imazy Ricardo Rey, quienes sostenían que "con respecto a las cuestiones federales complejas que versan sobre la compatibilidad de normas o actos locales con la Constitución Nacional, el requisito de la resolución contraria es indispensable para la procedencia del recurso extraordinario" (4).

Más adelante dice:

"Si, en cambio, la impugnación se dirige contra una norma o acto provincial, el recurso sólo es admisible frente a la hipótesis de que la resolución impugnada declare la validez constitucional de aquéllos". Esta última conclusión claramente respaldada por la letra del art. 14, inc. 2° de la ley 48, reconoce como antecedente la finalidad perseguida por el writ of error reglamentado por la Judiciary Act norteamericana, que consistía en preservar la supremacía del derecho federal y privaba por lo tanto de sentido al remedio deducido contra un fallo que invalidaba una norma local (5).

Como se advierte con claridad, Palacio describe puntillosamente lo que es la regla general, el significado central del inc. 2° del art. 14. Asimismo, acepta --como todos los autores que tradicionalmente se han ocupado de esta materia-- que el propósito de la norma argentina responde al mismo que habrían perseguido originariamente los autores de la Judiciary Act norteamericana (6).

A continuación expresa:

"Cuadra, sin embargo, reparar en el hecho de que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto local puede configurar una genuina cuestión constitucional tutelable mediante el REF, ya que dicha declaración es susceptible de contrariar la validez de un título, derecho, privilegio o exención consagrados por alguna cláusula constitucional en los términos del art. 14, inc. 3° de la ley 48, aunque recién en una sentencia dictada con fecha 17 de febrero de 1987 (7) la CS (Corte Suprema) tuvo por configurada la hipótesis prevista en esta norma en razón de encontrarse centralmente debatido en la causa el sistema de competencias --federal y local-- previsto por la CN (Constitución Nacional) y resultar el pronunciamiento impugnado contrario al principio de autonomía provincial invocado por el recurrente con fundamento en los arts. 5° in fine, 104, 105 y 108 de aquélla.

A mi modo de ver el párrafo recién transcrito presenta un inconveniente. El hecho de estar redactado inmediatamente después del anterior, podría alimentar la creencia que lo dicho aquí, constituye un caso de excepción del inc. 2°, subsumible también en el tercero. Sin embargo, el ejemplo que proporciona nunca podría haber sido encuadrado en el inc. 2° del art. 14, ley 48. Estaría ausente el cuestionamiento de una ley de provincia como repugnante a una norma federal. En el caso que cita, el demandado, una entidad bancaria, reclamaba para sí el derecho a ser juzgado por los tribunales provinciales, de conformidad con leyes de fondo provinciales. Ese derecho lo apoyaba en los arts. 5°, 104 y 105 de la Ley Fundamental. Este derecho --con ese soporte-- había sido desconocido por las instancias nacionales anteriores al declararse competentes por entender que el caso estaba regido por normas nacionales. Consecuentemente, interpreto que el párrafo transcrito en último término presenta una cuestión diferente de los supuestos del inc. 2°. El es ejemplo práctico del inc. 3°, al que se había referido en la página anterior y que también ocupa la categoría de cuestiones federales complejas bajo análisis.

Refiriéndose también a un supuesto caso de aplicación del inc. 3°, agrega Alejandro D. Carrió (8):

"Es que ...se sabe que en nuestro sistema la admisibilidad de un recurso extraordinario no depende tan solo de que se haya puesto en tela de juicio la interpretación o el alcance de una cláusula de la Constitución o de una norma de índole federal. Es necesario, además, que la resolución que se recurre sea adversa al derecho que se funda en esa cláusula o norma. Para decirlo más simplemente, es necesario que la resolución en recurso sea de aquellas que deniegan un derecho federal, y no una que lo haya admitido.

Pese a estos principios no demasiado complejos, suelen llegar a la Corte --y lo que es peor, ésta suele tratarlos-- recursos extraordinarios interpuestos por los fiscales contra decisiones que, por ejemplo, conceden una excarcelación o una eximición de prisión (ver, entre otros, Fallos, CSJN, 304-152-5 y 307-2483) (9).

Es el día de hoy que no comprendo cuál es el derecho federal que le asiste a un representante del Ministerio Público para aspirar a que permanezca encerrada una persona sometida a proceso (10).

§ 2. Erick Strohm y el requisito de resolución contraria: la tesis del olvido

A continuación pasaremos revista a un artículo aparecido en el año 1954 cuyo autor, Esteban Imaz (11), publicó bajo el seudónimo de Erick Strohm (12), y que ejerció una fuerte influencia en los autores, En la reseña jurisprudencial efectuada por Strohm éste advierte dos cosas importantes. La primera, es que no aspira a desarrollos teóricos sino expositivos de la jurisprudencia vigente en ese momento (13) (aspiración que, como se verá, no cumple al pie de la letra). La segunda, consiste en el lugar destacado que le confiere al nuevo art. 95 de la Constitución Nacional del año 1949, que disponía que la "interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de la Constitución, por recurso extraordinario y de los códigos y leyes, por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinario y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia". Luego de transcribir este artículo (y el 24, inc. 2°, ley 13.998 --Adla, X-A, 221--), su autor expresa: "Estas novedades en el régimen normativo del recurso extraordinario revisten importancia y dan pie para consideraciones jurídicas de mayor interés. Aquí nos ocuparemos de ellas sólo en la medida en que han tenido

eco en la jurisprudencia, en el curso del análisis de ésta" (14). Más adelante, refiriéndose a la cuestión federal, vuelve a otorgar trascendencia a la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte:

"Ahora, en cambio, es obligatorio no solamente que no se menoscaben los derechos y obligaciones para el caso resuelto por la Corte, sino además, que se respete, en lo futuro, y en todos los casos sobrevinientes, el alcance y significación acordado a ciertas normas por las sentencias de la Corte. Dice bien el Procurador General (cita Fallos: 219:98) que en adelante toda disposición constitucional ya no es, como norma jurídica, sino tal como la Corte la interpreta. La interpretación de la Corte adquiere, pues, el carácter de interpretación auténtica (15).

En el capítulo X encara el recaudo de resolución contraria, aludido en los incs. 1° y 2° del art. 14 de la ley 48. Dice lo siguiente:

"Se trata de un requisito objetable que supone el olvido de que la resolución inversa a la favorecida con el recurso puede afectar en igual medida el orden institucional cuya tutela ejerce la Corte por medio del recurso extraordinario. En definitiva, ésta es la razón por la cual la jurisprudencia ha hallado la manera de prescindir de esta exigencia tanto para las cuestiones federales simples como para las complejas de invalidez de normas o actos nacionales" (16).

Sin embargo, ciertas soluciones fundadas en la falta de resolución contraria, como es la negativa del recurso respecto a las sentencias que admiten el fuero nacional, subsisten todavía. También subsiste el requisito para el caso de inc. 2° del art. 14 de la ley 48, que niega el recurso cuando la sentencia admite la inconstitucionalidad de una ley local.

Aquí debe señalarse una importante excepción, para el caso de que la invalidez declarada de una norma local contraríe jurisprudencia obligatoria de la Corte Suprema. Esta distinción se impone si efectivamente la obligatoriedad de los precedentes de la Corte ha de alcanzar a todas las decisiones judiciales inferiores. Pero no parece dudoso que el caso ilustra bien la restricción que la exigencia de la resolución contraria impone a todo el control de la constitucionalidad ejercido por la Corte Suprema y cuya desaparición en consecuencia es deseable (Bastardilla agregada) (17).

A los párrafos transcritos agrega Strohm una nota 47, en la que dice lo siguiente:

Fallos: 215:501; 219:98 (18) ... Queda por observar todavía que el recaudo de resolución contraria subsiste para el caso del inc. 2° del art. 14 de la ley 48, fuera del supuesto de la vulneración de la jurisprudencia obligatoria. Así lo ha declarado expresamente la Corte en mar. 25-954 en la causa Frigorífico Rafaela v. Gobierno de la Provincia, donde se lee: "Que si bien es cierto que en alguna oportunidad se ha prescindido de aplicar el citado inc. 2° del art. 14, ello ha sido excepcionalmente en casos en que se trataba de mantener la jurisprudencia obligatoria de la Corte Suprema en atención a que se hallaba entonces en juego un precepto nuevo de la Constitución de 1949: su art. 95, superior en jerarquía a la ley 48 (ver Fallos: 215:501)" (19).

§ 3. Análisis crítico de la tesis del olvido

Si consideramos la argumentación de Strohm a la luz de la jurisprudencia de ese entonces y de la Constitución de 1949, vemos --en lo que se refiere al inc. 2° del art. 14-- que él sólo funda una excepción a ese inciso. V. gr., el caso de la jurisprudencia obligatoria. Si existía una sentencia inferior que desconocía la interpretación constitucional efectuada por la Corte Suprema en un precedente, el caso podía ser llevado al Alto Tribunal, hubiera o no resolución contraria. El apoyo normativo al que él acude es el mismo citado por la Corte en los precedentes que refiere. Esto es, la inmediata operatividad del art. 95 de la Constitución del '49 y la superioridad jerárquica de ésta respecto de la ley 48. Este es el aspecto más fundado de su trabajo, en la parte referida al recaudo de resolución contraria.

Su reflexión crítica en cuanto a la exigencia de resolución contraria, básicamente estriba en que ese recaudo inhibe a la Corte --por "olvido", según supone-- de considerar casos "que afectan en igual medida el orden institucional", expresión ésta que no clarifica, a pesar de su notable vaguedad (Este "olvido", proclamado por Strohm sin fundamentarlo, será luego retomado por Sagüés y Guastavino). El análisis que seguidamente abordaré intentará dar respuesta a dos interrogantes, a saber: (I) ¿Cuál es el soporte de este supuesto olvido? (II) Admitiendo, por hipótesis, la tesis del olvido ¿es ella suficiente justificativo para apartarse de la letra expresa del inc. 2° del art. 14 y de su jurisprudencia?

El primer interrogante recién planteado es de difícil respuesta. Esta dificultad, en parte, está dada por la redacción empleada por el autor al referirse al "olvido". Si lo que Strohm se propuso era proclamar (o presuponer) el olvido del legislador, una conducta hermenéutica apropiada debió haber tenido en cuenta, previamente y como mínimo, los debates legislativos. Es obvio que si se presume que el legislador olvidó cierta circunstancia, el primer paso que debiera dar el intérprete es fundar dicha presunción demostrando (a) que los legisladores sabían en el año 1863 lo que Strohm denuncia noventa años después; (b) que el defecto achacado

por este último también era tal para los legisladores de la ley 48; (c) que ellos querían evitar ese defecto; y (d) que, pese a ello, el artículo concluyó redactado como existe hoy. La verificación de estos pasos y la constatación de las afirmaciones que presuponen hubiera dado algún sustento para concluir en que el olvido del legislador fue la causa determinante en la exclusión de los casos que el inc. 2° excluye. Sin embargo, estas consideraciones son soslayadas por el autor (20). En lugar de proceder de este modo, extrae este supuesto olvido de una consecuencia lógicamente descriptiva, v. gr., si se exige resolución contraria al derecho federal se excluyen los casos en los que se declaró la inconstitucionalidad de leyes provinciales, a pesar de que la interpretación constitucional pueda ser equivocada. Ello inhibe a la Corte de ejercer la tutela del orden institucional por medio del recurso extraordinario. Sin embargo, ello no demuestra la verdad o falsedad de la afirmación acerca de que esto sucedió por un supuesto olvido. Ni siquiera autoriza a inferirlo. Tampoco demuestra que los legisladores de la ley 48 pensaran que el recurso extraordinario tuviera la extensión que Strohm le adjudica (v. gr., que la Corte ejerza la tutela del orden institucional). Strohm, conocedor experto de la jurisprudencia del Alto Tribunal, debió haber sabido que, en reiterados casos, la Corte había dicho que no se presume la inadvertencia o impericia o falta de previsión del legislador (21). A la luz de tal jurisprudencia y para disipar esa suposición --como se sostuvo más arriba--, su afirmación acerca del "olvido" debió haber estado acompañada de un estudio acerca de los debates legislativos de la ley 48 y de su fuente, la Judiciary Act de 1789. Sobre todo cuando decenas de precedentes del Alto Tribunal habían predicado que el objeto perseguido por el recurso extraordinario no era permitir la revisión constitucional de todos los conflictos entre una norma provincial y una federal. Era asegurar la supremacía del derecho federal. Fuera de los casos descriptos en el art. 14 de la ley 48, dijo el Alto Tribunal refiriéndose expresamente al supuesto que nos ocupa, la "Corte no tiene, entonces, misión que llenar" (22).

Imaginemos ahora, por hipótesis, que la tesis del olvido fue expresada teniendo en cuenta los debates de la ley 48. Estos, en efecto, no reflejan que se haya tenido presente la "falencia" denunciada por Strohm (23). Ante tal circunstancia es evidente que debe decidirse cómo se interpreta esa ausencia. Pues, al no haberse considerado que el inc. 2° inhibía a la Corte de entender en un grupo considerable de supuestos importantes, lo único evidente sería que los legisladores omitieron merituar dicha hipótesis. Esta omisión, sin embargo, no constituye, necesariamente, un "olvido". Entre muchas posibilidades, puede pensarse que los legisladores, pese a saber y recordar lo que Strohm critica, pensaron que ello era un error o que era conveniente ceñir la competencia de la Corte sólo a los casos comprendidos en el inc. 2°. También pudo ocurrir que los legisladores ni se hayan imaginado (por ignorancia, apuro, desinterés, etc.) los supuestos que quedaban fuera de la órbita del inc. 2°. Ninguna de estas posibilidades pueden encuadrarse dentro de lo que generalmente atribuiríamos a un "olvido".

Ante tal situación y descartado el olvido, una forma de enfocar el asunto es intentando averiguar si el recurso extraordinario --al margen de este caso-- cubre todos los supuestos de interpretación constitucional imaginables. Si del esquema general estructurado en la ley 48 o del propósito perseguido por el legislador con su sanción surgiera una respuesta afirmativa, es evidente que la idea de Strohm comenzaría a tener color, si bien en base a otros argumentos (24). Esta investigación evidenciaría una incongruencia, defecto éste generalmente considerado grave y que, en algunos casos, se presupone que los jueces están autorizados a enmendar.

Sin embargo, es indiscutible --o al menos así lo considera este autor-- que este remedio no fue establecido para que la Corte Suprema fuera el árbitro final de todas las cuestiones federales o constitucionales que se puedan suscitar en un pleito. Desde la instalación de ese alto cuerpo hasta nuestros días, no sólo han existido obstáculos legales --si se quiere criticables-- como el sub examine (25). Numerosísimos vallados jurisprudenciales se han alzado contra la procedencia de este remedio, aun cuando en esos casos se discutían cuestiones constitucionales V. gr., la doctrina de las cuestiones teóricas o que han devenido abstractas; las reglas sobre el interés para pedir la inconstitucionalidad de una norma; la doctrina del sometimiento voluntario a un régimen jurídico; la doctrina sobre la sentencia basada en fundamentos de orden local independientes y suficientes; en materia impositiva: la exigencia de la protesta previa; hasta hace pocos años: la imposibilidad de deducir acciones "declarativas" de inconstitucionalidad; el planteo extemporáneo de la cuestión federal; etc. (26). Todas estas reglas o doctrinas, y otras, también inhiben a la Corte de considerar la cuestión constitucional que trae un recurso.

Esta digresión obedece a un doble propósito. Por un lado he procurado demostrar que el hecho de que la exigencia de resolución contraria constituya un obstáculo al análisis de una cuestión constitucional no la reviste de una cualidad especial o particular. O, al menos, diferente de otros tantos obstáculos coetáneos. Por el contrario, el obstáculo que erige el inc. 2° admite ser considerado como una confirmación de que el recurso extraordinario no está diseñado para permitir la revisión de todos los conflictos federales o constitucionales imaginables que puedan suscitarse en sede provincial. Por lo tanto, en este sentido, la razón fundante de la posición de Strohm carece de arraigo dentro del esquema general establecido en esa ley de jurisdicción y competencia y en la jurisprudencia de la Corte que la ha interpretado.

Por otro lado, ese obstáculo proviene de una de las "reglas y excepciones" que ha establecido el Congreso de la Nación, ley mediante, conforme lo autoriza el art. 101, primera parte, de la Constitución Nacional. Es decir,

que se trata de un caso concreto donde la legislatura ha ejercido la potestad que la Constitución le reconoce expresamente, v. gr., establecer reglas y excepciones a la competencia apelada de la Corte Suprema. Es el propio texto de la ley el que inhibe a la Corte de inmiscuirse en estos supuestos.

Aquí cobra relevancia determinar qué habrá tenido en mente este jurista cuando, refiriéndose al inc. 2º, expresó que "su desaparición, en consecuencia, es deseable". Nada autoriza a afirmar seriamente que él juzgara que ante esa falencia la Corte debería actuar "como si" el recaudo de resolución contraria no existiera (27). Sin embargo, hipotéticamente, alguien podría sostener tal posibilidad. Si éste fuera el caso (y suponiendo que tal hubiera sido la intención de Strohm), debería justificarse entonces algo presupuesto por tal hipótesis, a saber, si se puede prescindir del texto expreso de la ley --cuyo propósito, alcance y significado, en términos generales, es claro y así lo admiten los autores-- con sustento en que el legislador "se olvidó" de ciertas consecuencias que produciría tal disposición. Consecuencias que luego servirían para prescindir del texto expreso de la norma.

A mi modo de ver, si estas consecuencias no son inconstitucionales, no existe modo válido de prescindir del significado central del texto, mediante una interpretación que torna inoperante lo establecido en ese texto. Tal consecuencia siempre ha sido fulminada por la Corte Suprema. En numerosos pronunciamientos ha dicho: "Es inadmisibles una interpretación que equivalga a la prescindencia de la norma que gobierna la cuestión de cuyo juzgamiento se trata, en tanto no medie su concreta declaración de inconstitucionalidad" (28).

En consecuencia, lo afirmado acerca del olvido legislativo, como argumento teórico convalidante de la prescindencia de un recaudo legal expreso, no tiene andamio válido posible. Es una excusa --y no una justificación-- elaborada para prescindir de lo establecido en el inc. 2º del art. 14 (29).

Distinto es el caso, si se lo analiza a la luz del contexto constitucional dentro del cual él --con cita de fallos-- lo expresa. Es dentro de ese contexto que puede encontrarle algún sustento normativo válido a la única excepción que elabora. En este supuesto se dice que el inc. 2º no puede frustrar la revisión por parte de la Corte, de casos donde si bien no existe resolución contraria, se estaría interpretando la Constitución en contradicción a como la interpretaba el Alto Tribunal. Como la jurisprudencia de la Corte era constitucionalmente obligatoria (por virtud de las reformas de la Constitución del '49), ese inciso frustraría el objeto perseguido por una norma superior, el art. 95 de la Ley Fundamental de entonces, al no permitir el examen de casos que se apartaban de los precedentes establecidos. Pero debe quedar claro que su interpretación es, en realidad, la que hizo la Corte de ese entonces que, por otra parte, era una de las interpretaciones posibles (30).

En síntesis, Strohm elabora y funda una sola excepción a la exigencia de resolución contraria del inc. 2º del art. 14. Esa excepción la soporta normativamente en la Constitución de 1949 (art. 95) y en la interpretación que de ella hizo la Corte de entonces (31).

Lo que he llamado la tesis del olvido constituyó, a mi modo de ver, una clara (y, por lo visto, atractiva) observación al pasar. Con el correr del tiempo esta observación al pasar se transformará. Diversos autores la retomarán y le reconocerán autoridad suficiente como para actuar en su consecuencia. Lo olvidado se transformará en la "norma" por cuya virtud se haría desaparecer parte de otra norma (v. gr., el recaudo de resolución contraria del inc. 2º, art. 14).

§ 4. Subsistencia y extensión del alcance de la tesis del olvido

La razón fundante de la posición de Strohm, v. gr., que la resolución inversa a la favorecida con el recurso puede afectar en igual medida el orden institucional cuya tutela ejerce la Corte por medio del recurso extraordinario, es recogida --con matices distintivos importantes-- años después por Sagüés. En lo que sigue transcribiré los pasajes en los que alude expresamente a este problema. Expresa este autor:

Sin embargo, al evolucionar el sentido original del recurso extraordinario (que de "remedio federal" pasa a ser fundamentalmente "remedio constitucional") llegó a advertirse que la Constitución Nacional puede sentirse afectada tanto por una sentencia que reputa constitucional a una ley provincial, como por otra que la declara inconstitucional, pese a no padecer ese vicio. La materia constitucional, la "cuestión constitucional", está presente en ambas hipótesis; y de ahí que Strohm observe que la "resolución contraria" es "un requisito objetable, puesto que supone el olvido de que la resolución inversa a la favorecida con el recurso, puede afectar en igual medida el orden constitucional cuya tutela ejerce la Corte por medio del recurso extraordinario" (Bastardilla agregada).

A fin de no reiterar argumentos respecto de la tesis del "olvido" acuñada por Strohm, remito al lector a lo expresado más arriba a su respecto. No obstante, como se recordará, todo el razonamiento de Strohm era efectuado a la luz de la interpretación de la Corte del art. 95 de la Constitución del '49 y respecto de un tipo de caso (32). Ahora, ese argumento es retomado y empleado, extendiéndolo a otros supuestos, y teniendo como marco ineludible la Constitución Nacional vigente (1853-1860) --que no contiene el añadido de la otra (1949)--. Añadido que es la columna vertebral del fundamento normativo de Strohm y de aquella Corte. Es obvio

entonces que tal argumentación ha quedado descolgada del contexto normativo en que fue gestada y del caso excepcional para el cual fue construida. Consecuentemente, para adaptarla a la nueva normativa debió haberse elaborado un nuevo fundamento que supliera esa ausencia (33). En cuanto a la supuesta "evolución" del recurso extraordinario, me ocuparé de ello al comentar la posición de Guastavino, quien también se refiere a ese fenómeno.

A continuación del párrafo recién transcrito se expresa lo siguiente:

"Para neutralizar el criterio que sienta el inc. 2° del art. 14 de la ley 48, se han presentado varias iniciativas tendientes a modificarlo. Paralelamente, no falta quien haya interpretado el inc. 3° del citado artículo, con actitud elástica y extensiva, y entendiendo que si en un proceso se debate 'la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución', es factible abrir el recurso extraordinario, aunque la decisión tribunalicia haya sido de invalidar por inconstitucional a la norma provincial. Una manera de atentar contra 'la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funde en dicha cláusula' (de la Constitución) puede ser, por cierto, desechando por inconstitucional a una ley provincial constitucional. Y en tal caso, el afectado podría ir a la Corte Suprema federal, por vía del recurso extraordinario. Compartimos tal exégesis" (Bastardilla agregada) (34).

A mi modo de ver, esta propuesta debe ser revisada. Por ejemplo, no surge con claridad si lo que se busca es, efectivamente, "neutralizar" los alcances del inc. 2° del art. 14. Si tal es su aspiración parece evidente que esta exégesis no puede ser bienvenida. La jurisprudencia de la Corte que se ha citado anteriormente --que aquí no se la tiene en cuenta-- se lo impediría. No puede aspirarse a prescindir ("neutralizar") una disposición legislativa aplicable, si ésta es constitucionalmente válida.

La porción referida al inc. 3° es, a mi modo de ver, confusa. Parte de esa confusión estriba en la redacción íntegra de los dos párrafos transcritos, su conexión o no y el modo en que se presenta el caso hipotético que sería subsumible en el inc. 3° del art. 14. De la lectura de este párrafo no he llegado a dilucidar, por ejemplo, si la interpretación "elástica y extensiva" que se postula del inc. 3°, tiene por propósito neutralizar el inc. 2° (neutralización aludida al comienzo del párrafo recién transcrito). O si se busca hacer desaparecer la exigencia de resolución contraria mentada por el inc. 2°, con sustento en la tesis del olvido (de la que se habló en el párrafo anteriormente transcrito).

En cualquiera de estas dos hipótesis parece claro que su consecuencia es vaciar de contenido al inc. 2°. Pues, si nos guiamos por el párrafo de este autor que dice que "la Constitución Nacional puede sentirse afectada tanto por una sentencia que reputa constitucional a una ley provincial como por una que la declara constitucional pese a no padecer ese vicio", no parece estar refiriéndose a un caso excepcional o atípico. Se trataría de la regla general pues "la 'cuestión constitucional', está presente en ambas hipótesis", agrega. Todo lo que no sería admisible por el inc. 2° ingresaría por el inc. 3°. Con ello se prescindiría inválidamente de aplicar la norma aplicable, pues se emplea una interpretación que la torna inoperante. Esto, de acuerdo a las reglas que ha ido estableciendo la jurisprudencia de la Corte, no se puede hacer (35).

Con referencia al mismo tema, la postura sostenida por Guastavino --carente de análisis crítico de casos concretos--, es, en términos generales, muy similar a las precedentes. En un sub-capítulo que denomina "Evolución", expresa lo siguiente:

Luego de la instalación de las Cámaras Federales de Apelación en el interior y de las Cámaras de Apelación en la Capital Federal, con la nueva organización judicial fue perdiendo exclusividad la finalidad de asegurar la prioridad del derecho federal sobre el derecho local que distinguiera originariamente el régimen del recurso extraordinario. En esta nueva etapa, en efecto, asumió también relevancia el objetivo de asegurar la primacía de las cláusulas de la Constitución Nacional por sobre la legislación, reglamentación y actos de índole nacional, con abstracción del derecho local y de las interpretaciones adoptadas por los superiores tribunales provinciales. Fue esta última faceta del control de constitucionalidad, ejercido en la última instancia judicial por la Corte Suprema de la Nación mediante el recurso extraordinario de la ley 48, la que gravitó principalmente para atenuar el requisito de resolución contraria al derecho federal invocado, al menos en la perspectiva que primitivamente había tenido (...).

Dicha exigencia de resolución contraria al derecho federal invocado suponía el olvido de que una resolución favorable al derecho federal invocado puede afectar en igual medida el orden constitucional cuya tutela ejerce la Corte Suprema de la Nación por medio del recurso extraordinario y, por esta razón afirmó E. Strohm (cit. en nota 557, § X), la jurisprudencia fue hallando la manera de prescindir de dicho recaudo.

Como se ve, esta postura --en principio-- podría abarcar todos los supuestos imaginables, tanto del inc. 1° cuanto del 2° del art. 14. En tal comprensión, me remito a lo expresado más arriba. Sólo agregaré lo siguiente. Si el fundamento de la proclamada "evolución" es la tesis del "olvido" --desprovista del contexto que la caracterizó--, no se trata de "atenuar el requisito de resolución contraria al derecho federal invocado". Se trata de eliminarlo. Creo que en el sistema que la Constitución creó, los jueces no tienen una competencia tan extensa.

Creo, además, que no sería una buena idea reconocérsela.

Fuera de estos inconvenientes, coincido con los autores con cuyas visiones he discrepado en que es probable que, en un grupo considerable de supuestos, sería aconsejable y conveniente, de lege ferenda, suprimir la exigencia de resolución contraria. Muchos proyectos así lo han propuesto (36). Pero no coincido en que se realice esta tarea invocando supuestas evoluciones del recurso extraordinario, sin precisar qué se quiere significar con el vocablo evolución. Mucho menos que se persiga neutralizar una norma cuyo significado es admitido como claro, que parece responder de modo indiscutible al esquema legislativo (y posteriormente jurisprudencial) en el que se inserta y a los propósitos que condujeron a su sanción.

Este tipo de obstáculos legales es representativo de uno de los inconvenientes del estado de derecho. Bajo estos regímenes hay que respetar la ley (o, como mínimo, la ley constitucionalmente válida). Podría afirmarse, por ejemplo, que no tiene ningún sentido someter a proceso a un asesino sorprendido in fraganti. Sería más económico y conveniente que con el informe policial y la declaración en sede policial de algunos testigos se dicte sentencia. De lo contrario se mediatiza el valor seguridad de la sociedad y el "derecho" del ofendido --o sus herederos-- a ver a su agresor detrás de las rejas. Con la necesidad de llevar adelante un proceso, también se facilita la ocurrencia o la evidencia de conductas viciosas, cuya aparición podría beneficiar al procesado. Sin embargo, la ley dice que debe tramitarse un proceso, generalmente largo, en el cual ese criminal tiene, inclusive, derecho de defensa y si no tiene medios, para peor, se le suministra un defensor cuyo sueldo lo abona la sociedad toda. Parece ser que el constituyente y el legislador han juzgado que el modo apropiado para llegar a condenar a alguien debe ser respetando ciertos principios y recaudos. ¿Diría Ud. que estos casos suponen el olvido de los inconvenientes que procesar a esta gente ocasiona? Y si concluye en que olvidaron esos inconvenientes, ¿arriesgaría la prescindencia del proceso, basado en aquellas tesis y en una supuesta "evolución" social en este aspecto? Parece que no. Nos guste o no. Con lo dulce y con lo amargo, como suelen frecuentemente expresar los norteamericanos, It's the law!

§ 5. Bases para un enfoque diferente

Un enfoque más fructífero y más real consistiría en advertir y precisar, ante casos o hipótesis concretas, cuál es el alcance atribuible a los incs. 2° y 3°. Toda ley presupone un cierto estado de cosas, hechos o circunstancias y propósito. Determinarlos no es tarea menor. En el caso que nos ocupa se ha demostrado que el legislador de la ley 48 no consideró de modo expreso las distintas alternativas que se presentaban con la redacción del inc. 2°. De la fuente norteamericana citada históricamente surge lo que la Corte ha venido reiterando desde años, v. gr., que el recurso fue establecido para consolidar la supremacía del derecho federal. Ello está en consonancia, por otra parte, con el inc. 2°.

Sin embargo, todo profesional del Derecho sabe que existen casos claros de aplicación de una norma (o de un grupo de normas interrelacionadas) y casos de la llamada zona de penumbra (37).

El significado central de los términos que emplea el inc. 2°, es, en apariencia y en la actualidad, poco debatible en lo que aquí nos interesa. Sin embargo la expresión "cuando la validez de una ley... de provincia se haya puesto en cuestión" abarca evidentemente más de un caso y más de una conducta que pueda significar poner "en cuestión" (la ley 48 no contiene una norma que defina qué se entenderá por "poner en cuestión"). Ella es ambigua y vaga. Ambigua porque --al menos teóricamente-- en cada caso se debe definir (o se debe acudir a definiciones anteriormente formuladas) qué se entiende por poner "en cuestión". Y vaga, porque habrá casos que no serán tan claros como otros. Hoy día, y luego de más de cien años de experiencia judicial, puede afirmarse --como hace Palacio-- que existe un significado central claro, del inc. 2°.

El inc. 3°, por su parte, ofrece más obstáculos. En primer lugar, creo que es notoria la multivocidad de vocablos tales como "título, derecho, privilegio o exención", referidos en él (38). La expresión que dice que ese título, etc. "se funde en dicha cláusula" tampoco es muy precisa: es ambigua. Los casos jurisprudenciales tampoco ofrecen una visión mucho más esclarecedora en el tratamiento de casos difíciles (39).

Desde otro punto de vista, y si se los compara, ambos incisos presentan redacciones notablemente diferentes. El inc. 2° apunta textualmente al resultado del fallo apelado. O es a favor o es contrario a la validez constitucional de una ley provincial. El inc. 3° --que posee una redacción muy confusa-- también apunta al resultado de la decisión provincial pero de modo diferente (40). Aquí se habla de modo expreso del derecho alegado por las partes. Si cualquiera de ellas ha alegado "un título, derecho, privilegio o exención" fundado en la Constitución o en otra norma nacional y el fallo apelado resuelve en contra de ese título, derecho, privilegio o exención, el recurso es procedente. Teóricamente puede imaginarse un caso en que ambas partes hayan reclamado para sí interpretaciones incompatibles de la norma federal sobre la que dicen tener un título, derecho, privilegio o exención (41). Sea cual fuere la decisión, ella siempre importará el desconocimiento de ese título, etc. Como concreto ejemplo de esta situación, recuérdese el caso citado por Palacio (42). Si la Cámara Laboral hubiera declarado la inconstitucionalidad de la ley provincial, nos encontraríamos en un supuesto de aplicación del inc. 2°, por cuya virtud el recurso debería ser rechazado. Sin embargo, el mismo caso sería también

subsumible en el inc. 3º, en base al cual el remedio debería ser declarado admisible (43).

Una adecuada hermenéutica debiera tener por objetivo definir el alcance de, o compatibilizar, los incs. 2º y 3º (44). Si ante un caso concreto la cuestión es subsumible en ambos, es obvio que se estaría ante una situación atípica o excepcional. Esta atipicidad residiría en que "el caso" no es ejemplo exclusivo de un solo inciso. El ejemplifica y contiene el supuesto previsto en el inc. 2º y algo más. Este "algo más" es subsumible en el inc. 3º. Si ambos supuestos contenidos en "el caso" son inseparables, hay que decidir cuál solución --la prevista en el inc. 2º o en el 3º-- prevalece. Una solución puede consistir en permitir que el asunto pueda ser traído bajo el inc. 3º. La opuesta diría que aun cuando "el caso" admitiera ser subsumido en el 3º, el recurso debería ser considerado improcedente. Ninguna de estas dos soluciones surge con claridad de esas normas. Es necesario un juicio valorativo, político, social, etc., en base al cual el intérprete decidirá su alcance.

En síntesis, una vez precisado el significado central del inc. 2º no puede apelarse, válidamente, a supuestas evoluciones, elasticidades u olvidos para prescindir de la aplicación del inc. 2º en los casos típicos. En otro sentido, creo que la ambigüedad y vaguedad del inc. 3º, en combinación con una interpretación de buena fe, permite incluir en él algún caso particular, atípico o excepcional en algún sentido relevante, que sería improcedente a la luz de la generalidad del inc. 2º, pero que, no obstante, podría ser encuadrado en aquél. Lo que no se podría hacer jamás es, por vía de "interpretación", prescindir del significado central de esos textos.

IV. Conclusión

Una lectura descuidada de las teorías recién comentadas, podría concluir en que todas ellas decretan la defunción del recaudo mencionado en los incs. 1º y 2º del art. 14 de la ley 48. Con ello concretarían la ambigua aspiración de Strohman, quien expresaba que su "desaparición en consecuencia es deseable" (45). He intentado demostrar y justificar que tal "evolución" --si existió-- es inválida. El recaudo ha muerto, se inferiría. Pero en realidad tengo para mí que se trataría de un crimen. Si tales interpretaciones dan cuenta de la realidad --cosa que dudo-- o si están anticipando lo que vendrá, quizá correspondería grabar en la tumba de esta anciana y respetable víctima el siguiente epitafio: "Fue Ley Federal. Merecía una muerte más honrosa".

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) Ese comentario al fallo será publicado por El Derecho.

(2) Este inciso es una traducción casi literal e incompleta de su fuente, la sección 25 de la "Judiciary Act" de 1789. En efecto, la parte final, cuando alude a "la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula", omitió agregar lo que sigue en la versión norteamericana a continuación del término cláusula, v. gr. "de dicha Constitución, tratado, ley o comisión" (ver la recopilación legislativa efectuada por Daniel J. Meltzer y David L. Shapiro en *The Judicial Courts and rules of procedure in the federal courts*, p. 665).

(3) PALACIO, Lino E., "El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica", p. 210, N° 28, Ed. Abeledo-Perrot, 1992. En nota de pie de página desgrana numerosos fallos que avalan tal afirmación.

(4) REY, RICARDO E. y PALACIO, LINO ENRIQUE, "El recurso extraordinario", ps. 190, 194, 2ª ed. actualizada, Ed. Nerva, 1962.

(5) En apoyo de ello, cita a IMAZ y REY, op. cit. "supra" nota 4, p. 197, quienes, a su vez, citan a UMBREIT, "Our eleven chief justice", p. 183, New York, 1938.

(6) BIDART CAMPOS, Germán J., "Resolución contraria en el recurso extraordinario", ED, 110-916; CARRIO, Alejandro D., "La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional", p. 44, Ed. Abeledo-Perrot, 1988 y "Garantías constitucionales en el proceso penal", p. 40, Ed. Hammurabi, 1990; GUASTAVINO, Elías P., "Recurso extraordinario de inconstitucionalidad", t. 2, ps. 704, 709, N° 363, 712 N° 366; Ed. La Rocca, 1992; LUGONES, Narciso Juan, "Recurso extraordinario", p. 149, Ed. Depalma, 1992; PALACIO, Lino E., "El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica", ps. 207, 212, Ed. Abeledo-Perrot, 1992; SAGÜES, Néstor P., "Derecho procesal constitucional-Recurso extraordinario", t. I, ps. 481 N° 203, 485 N° 207, 3ª ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea, 1992.

(7) Fallos: 310:295 (1987), "Rodríguez Elizalde v. Banco Provincial de Salta".

(8) "Garantías constitucionales en el proceso penal", p. 40, 2ª ed. corregida y aumentada, 1990.

(9) En la nota de pie de página N° 24 cita aprobatoriamente el caso de Fallos: 305:913 (1983), "Bartra Rojas", donde la Corte dejó sin efecto una sentencia de Cámara dictada como consecuencia de la apelación fiscal. Este había basado su recurso en la garantía contra el doble juzgamiento. La Corte, "utilizando un lenguaje muy categórico, destacó el sinsentido que significaba que el fiscal invocara una garantía que ampara sólo a particulares".

(10)El inc. 3 del art. 14 de la ley 48 presenta numerosos inconvenientes. Su confusa e incompleta redacción --como se destacará más adelante-- alimenta variadas dudas irresueltas. Es bastante frecuente que la Corte admita recursos de los fiscales con base en el inc. 3°. Hasta donde conozco, el Alto Tribunal no ha ofrecido una interpretación medulosa y seria de tal proceder.

(11)"El recurso extraordinario de hoy", JA, 1954-II-Doctrina, p. 4.

(12)LUGONES, Narciso J., op. cit. "supra" nota 6, p. 296 ("En un trabajo interesantísimo publicado bajo su seudónimo de Erick Strohm, Imaz se critica a sí mismo y levanta algunos velos con que se cubre su obra..."); PALACIO, op. cit. "supra" nota 6, p. 212, nota de pie de página N° 8 ("Strohm, E., --léase Imaz, E.--").

(13)Op. cit. "supra" nota 11, p. 5.

(14)Idem.

(15)Idem, p. 10.

(16)Observe el lector que Strohm no cita ni analiza precedentes concretos en apoyo de esta afirmación.

(17)Idem, p. 12.

(18)En estos casos, "Martín Sauras y Cía. Ltda." y "Celedonio v. Pereda", respectivamente, la Corte interpretó que la parte del art. 95 de la Constitución de 1949 que establecía la obligatoriedad de su jurisprudencia respecto de los tribunales inferiores, nacionales y locales era inmediatamente operativa y no precisaba de implementación legal. Con ello privaba dicho texto por sobre el recaudo de resolución contraria del art. 14, inc. 2° de la ley 48. En el segundo caso, son de interés (y de asombro) las consideraciones del Procurador General quien llega a sostener que el apartamiento, incluso por ignorancia, de la jurisprudencia de la Corte, significaba el dictado de una sentencia "contra legem" en los términos de los arts. 4, 20 y 929 del Cód. Civil. Y aludo al asombro porque en el primer caso, el Procurador General Delfino sostenía la tesis contraria a la acogida por la Corte y ahora defendida por él tan severamente.

(19)Op. cit., supra nota 11, p. 12.

(20)En los debates del proyecto de ley 48 mantenidos en la Cámara de Diputados, la cuestión relativa a los alcances del inc. 2° se discutió en una oportunidad. Sin embargo, el debate no se relaciona con la cuestión principal abordada en el texto. Gorostiaga, Quintana, Elizalde y Vélez Sársfield discutieron acerca de la compatibilidad de este inciso con el art. 12, inc. 4° de la ley 48 y con el art. 101 de la Constitución Nacional (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Nación, año 1863, ps. 342-347). Gorostiaga y Quintana aludieron expresa y aprobatoriamente a la facultad del Congreso para establecer excepciones (op. cit., p. 347).

(21)Para consultar sólo algunos precedentes contemporáneos al artículo de Strohm, ver Fallos: 214:612, 620 (1949), "Vicente Solivellas" ("No siendo presumible la contradicción o el absurdo en los términos de las leyes, deben ser interpretadas, cuando ello sea posible, de modo que armonicen sus disposiciones"); 223:27, 37 (1952), "Welpmann y Cía." ("No cabe presumir la contradicción o el absurdo en los términos de la ley, los cuales deben ser entendidos como coherentes"). Los presupuestos básicos sobre interpretación constitucional y legal pueden ser consultados en SCHWEIZER de CARIDE, Marta y LUGONES, Narciso J., "Pautas de hermenéutica de la ley de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, 97-901 (1982). Sobre el punto tratado en el texto y los principios que gobiernan esta tarea, dicen estos autores: "El primero es que se supone que el legislador no incurre en inconsecuencia ni falta de previsión o en otros términos, que no hay en su obra contradicciones ni lagunas. Consecuentemente, las leyes deben interpretarse evitando darles un sentido que enfrente sus disposiciones destruyendo unas por otras, prefiriéndose en cambio aquel que las concilie y permita conservar su valor a todas. ... El mecanismo por el cual se van cumpliendo los preceptos de estos principios es el de la 'preferencia' --frente a las distintas soluciones que se presentan al legislador-- por aquella que mejor los contemple (Fallos: 296-22, 372; 297-142; 299-93; 300-1080; 301-460; 302-1209, 1600...)".

(22)Fallos: 148:62, 64 (1926), "Academia de Medicina v. Universidad de Buenos Aires".

(23)Ver supra nota 20.

(24)No me detendré aquí en las distintas variantes que se pueden presentar en caso de que dicho esquema general y los propósitos del legislador difieran o se superpongan.

(25)Recuérdese, por ejemplo, que el art. 4° de la ley 48 excluía de la competencia apelada de la Corte Suprema --respecto de los recursos contra las sentencias de los jueces federales-- todos los casos inferiores a doscientos pesos fuertes. Si se quiere, este supuesto era aún peor que el obstáculo del art. 14, inc. 2°. Impedía la revisión ordinaria (y, eventualmente constitucional) de todo caso, fuera cual fuese su importancia sustancial,

cuyo monto no superase esa cantidad. Otro obstáculo de origen legal viene dado por el art. 2° de la ley 27 (1862) (Adla, 1852-1880, 354) aun vigente y que, refiriéndose a la justicia nacional, dice que "nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte". Es decir, que si no hay un caso contencioso y si no hay pedido de parte no puede ejercer su jurisdicción, aun cuando pudiera estar interesada la interpretación de la Constitución Nacional.

(26) Estas reglas o doctrinas jurisprudenciales son citadas en tanto dato. El obstáculo que alza el recaudo de resolución contraria, es uno entre muchos otros obstáculos. La mención de ellas no presupone que coincido con todos los usos y abusos que de esas reglas y doctrinas se ha hecho. Sin embargo, toda teoría seria, fundada, debiera hacerse cargo de lo que al respecto ha dicho la Corte Suprema. De lo contrario no es sino una opinión en abstracto.

(27) Bien pudo tener presente una futura reforma legislativa.

(28) En particular, en Fallos: 303 (II): 1965, 1979 (1981), "Isidoro Manuel Graiver", se dijo: "12) Que en definitiva, la tesis del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas equivale a alterar el texto de la ley 21.461 (Adla, XXXVI-D, 2845), trasladando la figura del art. 210 bis del Cód. Penal, incluida por el legislador en el art. 3°, para ubicarla en el art. 1°, inc. b, con violación de la regla según la cual es improcedente una interpretación de la ley que equivalga a prescindir de la norma que gobierna la cuestión (Fallos: 257:295; 262:41, 269:225; 277:213; 279:128; 281:170)".

(29) Debo reiterar aquí que no creo que la intención de Strohm haya sido la de fundamentar --a través de la llamada tesis del olvido-- un modo válido de prescindir del texto del inc. 2° del art. 14, sin reforma legislativa mediante.

(30) El art. 95 de la Constitución del '49 no suprimía literalmente el recaudo de resolución contraria. Ello es consecuencia de la interpretación del Alto Tribunal. Sin embargo, esa interpretación podría haber sido enfrentada a la siguiente. Es cierto que el art. 95 establece la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte en materia constitucional. Pero aun en estos supuestos, la cuestión sólo podría ser traída a la última instancia cuando el "título, derecho, privilegio o exención" (art. 14, inc. 3°) invocado por el apelante se apoyara en la sentencia de la Corte que el tribunal a quo había desconocido.

(31) Los autores que defienden la tesis del olvido analizan la cuestión en términos exclusivamente conceptuales, abstractos. Sin embargo, la realidad suele ser buena docente. Esta tesis y la preocupación que conlleva irrumpen en una época en que los valores sociales preeminentes distaban notablemente de los fundacionales. Esos valores habían sido plasmados en la Constitución por entonces vigente. Una de sus características era el establecimiento constitucional del Estado Empresario. La Constitución de 1853-1860, que en ninguno de sus artículos --a excepción del 108-- habla del "Estado", si se quiere, podía tolerarlo en tanto no lo prohibía de modo expreso. Ahora lo imponía en algunas actividades (v. gr., seguridad social) y permitía, ley mediante, la instalación de monopolios estatales. Otra era la relativización de los derechos individuales, la jerarquización de los llamados derechos sociales y la concentración de poder. Dentro de un esquema tal es evidente que el recurso extraordinario de la ley 48 era parcialmente inadecuado. El inc. 3° del art. 14, por ejemplo, parece estar diseñado para proteger derechos individuales, esto es, de individuos. De aquí, a mi juicio, la expresión "título, derecho, privilegio o exención". Más allá de su ambigüedad, estos vocablos tienen un significado central que dice que sus titulares sólo pueden ser, al menos en principio, las personas, no el gobierno. No es útil para cubrir supuestos de intereses gubernamentales. Por otro lado, la exigencia de resolución contraria de los incs. 1° y 2° de ese artículo tienen por consecuencia el que la Corte Suprema comparta con los tribunales provinciales la tarea del control de constitucionalidad. Si éstos declaraban que cierta ley local era inconstitucional, se respetaría su decisión. Este fenómeno de desconcentración del poder sólo cedía cuando desconocían (acertada o desacertadamente) la supremacía del derecho federal. Igual fenómeno de desconcentración se observa en el art. 15 de la ley 48. Allí se inhibe a la Corte de ingresar en temas de interpretación y aplicación de los Códigos de fondo (art. 67, inc. 11). La Constitución del '49, en cambio, concentró la última palabra en estas cuestiones en la Corte, tanto en materia de derecho federal cuanto de derecho común (art. 95). Estos incisos tampoco admiten el tipo de apelaciones fiscales a que aludió Alejandro D. Carrió (ver supra nota 8). Por lo tanto, a la luz de estas consideraciones, es evidente que si se participa de una visión más unitaria y estatista de la distribución del poder, el recurso extraordinario era inadecuado. Diluía demasiado el poder.

(32) Ver supra nota 14 y texto al que acompaña.

(33) Esta observación no pretende que dicha adaptación sea imposible de realizar. Sólo aspira a resaltar su ausencia.

(34) SAGÜES, Néstor P., op. cit. "supra" nota 6, ps. 487-488.

(35) Ver casos citados "supra", nota 28.

(36) Estos proyectos son analizados por GUASTAVINO, op. cit. "supra" nota 6, ps. 168 y siguientes.

(37) CARRIO, Genaro R., "Notas sobre derecho y lenguaje", ps. 56 y sigts., 3ª ed. aumentada, 1985.

(38) En una oportunidad, hace tres años, le pregunté al profesor norteamericano Herbert Wechsler si esas expresiones --que fueron tomadas literalmente de la "Judiciary Act"-- habían sido usadas como sinónimos o, en su defecto, aludían a conceptos precisos y distintos, característicos, eventualmente, del "common law" de fines del siglo XVIII. Me miró un poco sorprendido (sorpresa que bien pudo haber sido alimentada por mi pronunciación de fuerte acento "hispanico"). Mi pregunta, en realidad, hace años que no figura en el catálogo de preocupaciones federales norteamericanas. Con la reformas legislativas del primer tercio de siglo (en particular, las del año 1916), los norteamericanos ya no tienen este tipo de vallas para acceder a la Corte Suprema. Sea que la decisión recurrida haya sido a favor o en contra del título, etc., la Corte puede, por "certiorari", conceder el recurso (ver BATOR, Paul M., MISHKIN, Paul J., MELTZER, Daniel J. y SHAPIRO, David L., "Hart and Wechsler's the federal courts and the federal system", p. 502, 3ª ed., 1988). Ya recuperado y luego de unos instantes de reflexión me dijo algo así como que calculaba que habrían sido utilizadas como sinónimos. En realidad, los estudios serios y analíticos relativos a la "Judiciary Act" han sido bastantes escasos. Los más serios comenzaron a hacerse hace pocos años, con motivo de cumplirse los doscientos años de esa ley. "Dada la importancia de la 'Judiciary Act', es sorprendente descubrir que después de 200 años sabemos muy poco aún acerca de sus orígenes y desarrollo" (MARCUS, Maeva, "Origins of the federal judiciary. Essays on the Judiciary Act of 1789", p. 4, Oxford University Press, 1992. Ver también, Holt, "To establish justice: Politics, The Judiciary Act of 1789 and the invention of the federal courts, 1989", Duke Law Journal 1421; RITZ, "Rewriting the history of the judiciary Act of 1789", Holt and LaRue Eds. 1990; ENGDHAL, Federal question jurisdiction under the 1789 Judiciary Act, 14 Oklahoma City University Law Review 521 (1989); Amar, Marbury, Section 13, and The original jurisdiction of the Supreme Court, 56 University of Chicago Law Review 443 (1989); estas citas han sido extraídas del Suplemento del año 1992 del libro de Hart y Wechsler citado más arriba.

(39) Ver los casos citados por Imaz y Rey, op. cit. "supra" nota 4, p. 74. Los famosos "leading cases" "Siri" (Fallos: 239:459, año 1957) y "Kot" (Fallos: 241:291, año 1958) no citan en ninguno de sus considerandos cuál sería el inciso del art. 14 de la ley 48 que habilitaría la competencia apelada de la Corte Suprema. En Fallos: 311 (II): 2228, 2231 (1988). "Alejandro Marcelo García", el defensor de uno de los condenados interpuso recurso extraordinario. Dijo la Corte: "Que, sin embargo, cabe hacer lugar parcialmente a la queja en cuanto promueve la inconstitucionalidad del art. 6º de la ley 20.771 (Adla, XXXIV-D, 3312) en razón de que el planteo cuestiona la inteligencia de una ley federal" (en virtud de la cual había sido condenado). Fallos: 311 (II): 2553, 2562 (1988), "Sánchez Abelenda v. Ediciones de la Urraca S. A.", donde los demandados habían deducido recurso extraordinario contra la sentencia condenatoria de segunda instancia. Se dijo: "cabe declarar que existe una cuestión federal que habilita la instancia extraordinaria del tribunal, puesto que ha sido cuestionada la inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y la decisión impugnada resulta contraria al derecho (libertad de prensa) que los recurrentes pretenden sustentar en aquéllas (art. 14, inc. 3º, ley 48)". Estos dos precedentes constituyen dos casos típicos de aplicación del inc. 3º. Sin embargo, el caso de Fallos: 311 (II): 1974, 1983 (1988) "De León v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", era uno atípico. Aquí, la Corte, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, declaró procedente un recurso extraordinario deducido por el ente estatal demandado en los siguientes términos: "El recurso resulta formalmente procedente toda vez que --como sostiene el a quo a fs. 97-- se discute en autos la aplicación de normas de carácter federal, como la ley de procedimientos administrativos (19.549 --Adla, XXXII-B, 1752--) y la ley orgánica del instituto demandado (19.032 --Adla, XXXI-B, 1242--), resultando la decisión contraria al derecho que la parte vencida sustentó en las mismas (art. 14, inc. 3º, ley 48)". La escueta fórmula empleada por la Procuración es, a todas luces, incompleta. En abstracto es difícil imaginar "derechos" del ente demandado fundados en esas leyes. Sin embargo, si se lee el dictamen en su integridad la cuestión varía sustancialmente. En su capítulo IV, cuando alude al fundamento del recurso extraordinario, se advierte la atipicidad del caso: "Agregó, que en autos, se ha puesto en discusión la inteligencia de las leyes 19.032 y 19.549, y que la sentencia atacada resulta frustratoria de garantías constitucionales que amparan al ente demandado, por haberse encuadrado el pleito dentro de los preceptos de la ley nacional de procedimientos administrativos, que no resultan aplicables a las relaciones del PAMI con los prestadores. ... Agregó que la decisión cuestionada... fue un acto adoptado en ejercicio de la potestad de administración del ente, por lo que no se trata de un acto administrativo, sino de un acto jurídico por el derecho civil, dentro de un contrato complejo, cuyo análisis demanda mayor debate". Similar complejidad ofrece el caso de Fallos: 311 (II): 2736 (1988), "Iches y otros v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones" y muchos otros.

(40) Quiero destacar aquí que no debe olvidarse que, originariamente, el recurso del art. 14 fue redactado teniendo en mira las apelaciones provenientes de los superiores tribunales provinciales. Contra las decisiones de

los juzgados de primera instancia cabía recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema (art. 4º, ley 48). Años después, la ley 4055 (1902), que creó las Cámaras Federales de Apelación, extendió dicho recurso a las sentencias definitivas pronunciadas por éstos.

(41) Ver el caso citado "supra" nota 39, "Sánchez Abelenda v. Ediciones de la Urraca".

(42) Ver "supra" nota 7 y texto al que acompaña.

(43) Imagine el lector la siguiente variación del caso citado por Palacio. Un trabajador demanda ante un tribunal provincial al Banco empleador. El primero se funda en la ley nacional. El segundo dice que el caso debe ser resuelto a la luz de la legislación de derecho público local. Los tribunales provinciales deciden que el ordenamiento provincial es inconstitucional por invadir la esfera de legislación nacional. En un caso así, si bien la sentencia provincial encuadra en el supuesto del art. 14, inc. 2º, involucrará el desconocimiento de derechos que se dicen basados en una norma federal (art. 14, inc. 3º). El Banco demandado podría reclamar ser juzgado a la luz de la ley provincial, porque ella es un ejercicio válido de los derechos no delegados por la Provincia a la Nación (arts. 104, 105 y conc., Constitución Nacional). Por lo tanto, la sentencia recaída desconocería el derecho fundado en esos artículos de la Ley Fundamental.

(44) Por "adecuada hermenéutica" entiendo, provisionalmente, una interpretación que se ajuste a las reglas que ha ido diseñando la Corte Suprema en los casos sumariados supra nota 21. Una teoría que aspire a interpretar una norma, debe respetar --si no las refuta-- dichas pautas.

(45) Sin embargo, como expresé con anterioridad, no está claro que Strohm haya pensado en la posibilidad de hacerla desaparecer de este modo.