



## Problemas constitucionales del *per saltum*

*Hernán Víctor Gullco\**

### Resumen

La Ley 26.790 incorporó el *per saltum* al procedimiento del recurso extraordinario federal. De esta manera, se sana el problema constitucional que dicho instituto poseía en la jurisprudencia argentina al haber sido aplicada por el máximo tribunal en los casos Dromi y González en clara violación del artículo 117 de la Constitución Nacional. Sin embargo, este instituto puede violar el artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al prescindir de la garantía de “doble instancia”. Si bien la Corte Suprema de Justicia interpretó que dicha garantía era de naturaleza penal en fallos como Girolodi, Casal y Abella, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana determinaron en diversos precedentes la aplicación de dicha garantía al orden civil, laboral, fiscal, etc. El artículo propone una interpretación amplia de la vinculación entre la cuestión de hecho y el derecho federal reconocida por la Corte en el precedente Ferrocarril Central Córdoba con el objeto de evitar las mencionadas objeciones constitucionales a la ley citada. Asimismo, será necesario que el Máximo Tribunal se abstenga de desechar casos utilizando el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

---

\* Abogado (UBA) y Master of Laws in Comparative Law (Universidad de Miami, USA). Profesor tiempo completo de la Universidad Tortuato Di Tella.

## I. Introducción

La sanción de la Ley 26.790<sup>1</sup>, que incorporó el instituto del llamado *per saltum* al procedimiento del recurso extraordinario federal, plantea algunos problemas constitucionales. El objetivo de este breve comentario es examinar dichos problemas y proponer respuestas tentativas a los mismos.

## II. El problema constitucional que la Ley 26.790 sí ha solucionado

Antes de entrar a examinar los posibles problemas creados por la ley citada, es necesario mencionar cuál es la cuestión constitucional que dicha norma sí ha zanjado definitivamente.

---

<sup>1</sup> La Ley 26.790 (B.O. 4/12/ 2012) dice así:

“Art. 1. Incorpóranse como artículos 257 bis y 257 ter de la Ley 17.454 (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) los siguientes:

Recurso Extraordinario por salto de instancia

Art. 257 bis. Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.

Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados.

La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad.

Sólo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares.

No procederá el recurso en causas de materia penal.

Forma, plazo, trámite y efectos

Art. 257 ter. El recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada.

La Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite si no se observaren *prima facie* los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda.

El auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida.

Del escrito presentado se dará traslado a las partes interesadas por el plazo de cinco (5) días notificándolas personalmente o por cédula.

Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Corte Suprema decidirá sobre la procedencia del recurso.

Si lo estimare necesario para mejor proveer, podrá requerir al Tribunal contra cuya resolución se haya deducido el mismo, la remisión del expediente en forma urgente.

Art. 2. La presente ley entrará en vigencia a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial.

Art. 3. Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.”

Es sabido que, antes de la sanción de la Ley 26.790, la Corte Suprema había aplicado dicho procedimiento, a pesar de que no existía norma legal alguna que lo autorizara expresamente.<sup>2</sup>

Así, en dos casos resueltos antes de esa sanción, el citado tribunal aceptó la admisibilidad formal ante su jurisdicción de presentaciones de litigantes que no cumplían con el requisito del “tribunal superior de la causa”, previsto en el artículo 14 de la Ley 48<sup>3</sup>. Más allá de una irrelevante referencia a la legislación estadounidense que – como vimos – sí autorizaba dicho procedimiento, la Corte fundó esas decisiones en el artículo 280 del Código Procesal

---

<sup>2</sup> Así, decía el profesor Lino Enrique Palacio antes de la sanción de la Ley 26.790 que, a diferencia de lo que ocurría en los Estados Unidos de América, “... [l]a legislación federal argentina no contiene disposición alguna al respecto y, por el contrario, el Congreso de la Nación no aprobó un proyecto de ley sometido a su consideración en el año 1987 que contemplaba expresamente, en casos de gravedad institucional, la facultad de la CS para intervenir en el proceso con prescindencia del trámite y de sentencia de la alzada”. Véase Lino Enrique Palacio, *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y Técnica* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 96.

<sup>3</sup> El artículo 14 de la Ley 48 (sancionada en 1863) dice así: “Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

2° 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.

3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o 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.”

En el caso *Di Mascio* – CSJN, “Di Mascio”, *Fallos* 311:2478 (1988) –, el Tribunal, al interpretar el citado concepto legal de “tribunal superior de provincia”, resolvió que “[...] todo pleito radicado ante la Justicia provincial, en el que se susciten cuestiones federales, debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de ‘fenecer’ ante el órgano máximo de la Judicatura local, dado que los Tribunales de Provincia se encuentran habilitados para entender en causas que comprendan puntos regidos por la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales, cabe concluir en que las decisiones que son aptas para ser resueltas por esta Corte Nacional no pueden resultar excluidas del previo juzgamiento por el Órgano Judicial Superior de la Provincia” (véase el considerando 13 del fallo citado). A su vez, el artículo 6° de la Ley 4.055 (aprobada en 1902) prevé que “la Corte Suprema conocerá por último en grado de apelación, de las sentencias definitivas pronunciadas por las cámaras federales de apelación; por las cámaras federales de apelación de la Capital; por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el art.14 de la 48 del 14/IX/1863”. Finalmente, la Corte Suprema ha resuelto que, en los procesos penales que provienen de la justicia nacional de la Capital y de la justicia federal de todo el país, la Cámara Nacional (actualmente, Federal) de Casación Penal es el “tribunal superior de la causa” a los fines del recurso extraordinario federal. Véase CSJN, “Di Nunzio”, *Fallos* 328:1108 (2005).

Civil y Comercial de la Nación<sup>4</sup> (en adelante “CPCCN”) y en la “gravedad institucional” de los casos planteados<sup>5</sup>.

Estas decisiones son criticables ya que, si se parte de la premisa de que la jurisdicción apelada de la Corte Suprema se ejerce “...según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso” (art.117 de la Constitución Nacional), la falta de previsión expresa del *per saltum* al momento de resolverse los casos *Dromi* y *González*, debe llevar a concluir que la Corte, con anterioridad a la sanción de la Ley 26.790, carecía de facultades para prescindir del requisito legal del superior tribunal de la causa.<sup>6</sup>

### III. La nueva cuestión constitucional que plantea la Ley 26.790

Hemos visto en el punto anterior, que la Ley 26.790 ha eliminado las falencias constitucionales que tenía el procedimiento de *per saltum* a la luz del principio de legalidad, en tanto aquella prevé expresamente dicho procedimiento. Tal como tradicionalmente lo entendía la doctrina argentina la posibilidad de instituir el *per saltum*, le competía “... al legislador ordinario...según pautas de oportunidad y conveniencia que hacen a su esfera privativa de decisión”<sup>7</sup>.

Sin embargo, la ley citada nos enfrenta a un nuevo problema constitucional. La cuestión a resolver, a la luz de las mencionadas facultades que la Constitución reconoce al Congreso

---

<sup>4</sup> Dicha norma, conforme la reforma introducida por la Ley 23.374 establece, en lo que interesa, que la “... Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”. Esta regulación es una adaptación de la institución del “*writ of certiorari*” de la legislación estadounidense. Para una reseña del procedimiento creado por el citado artículo 280 y normas complementarias del CPCCN, véase el artículo de Carlos R. Tribiño, “Aspectos sustanciales y formales del certiorari en el recurso extraordinario”, *J.A.* 2005-III-1358, y la bibliografía que allí se cita.

<sup>5</sup> Véase CSJN, “Dromi”, *Fallos*: 313:630 (1990), y CSJN, “González”, *Fallos*: 313:1242 (1990).

<sup>6</sup> Esta crítica se funda en el principio de legalidad, el cual constituye uno de los aspectos centrales del Estado de Derecho: “[...] Que el del Estado moderno al principio de legalidad, lo condiciona a actuar dentro del marco normativo previamente formulado por ese mismo poder público que, de tal modo, se autolimita. El ejercicio de tal poder, por ende, no puede desvincularse del orden jurídico en que el propio Estado se encuentra inmerso, como lo ha señalado esta Corte [...]” (CSJN, “Naveiro de la Serna de López”, *Fallos* 315:2771 (1992), considerando 5° y sus citas; entre otros). Para un examen detallado de la decisión de la Corte en el caso *Dromi* véase Alejandro Carrió y Alberto Garay, *La jurisdicción ‘per saltum’ de la Corte Suprema. Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991). Entre otras críticas a este fallo, los autores nombrados transcriben la opinión de Joaquín V González, en el sentido de que la Corte Suprema no puede ejercer su jurisdicción apelada fuera de las reglas prescriptas por el Congreso de la Nación (Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina* (Buenos Aires: Ángel Estrada, 1897), 36.). La misma posición había adoptado previamente la mayoría de la Corte Suprema (con una integración sustancialmente diferente) en el caso *Margarita Belén* – CSJN, “Margarita Belén”, *Fallos* 311:1762 (1988). Este fallo fue comentado aprobatoriamente por Néstor Sagües, “Constitucionalidad de la apelación ‘per saltum’”, *L.L.* 1989-B, 318.

<sup>7</sup> Sagües, “Constitucionalidad de la...”, 321.

para fijar los alcances de su jurisdicción apelada<sup>8</sup>, y de que “el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior” (artículo 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).<sup>9</sup> Es decir, ¿sería compatible con las citadas disposiciones constitucionales, la interposición de un recurso extraordinario federal contra la decisión de un juez federal de primera instancia, prescindiendo de la revisión de la correspondiente Cámara de Apelaciones, la segunda instancia en el caso?

Tal interrogante resulta muy relevante si se tiene en cuenta que la revisión que realiza la Corte Suprema, a través del recurso extraordinario federal, de las decisiones de los tribunales ordinarios no puede ser considerada como el cumplimiento del derecho “a la doble instancia” reconocido en los mencionados artículos 8.2. h y 14.5.<sup>10</sup> Entre las limitaciones de esa jurisdicción que son relevantes para el presente comentario, se encuentra el hecho, en primer lugar, que el citado art. 280 CPCCN ha otorgado a la Corte la facultad *discrecional* para denegar el recurso extraordinario. Esto demuestra que el citado recurso mal puede ser considerado, en la actualidad, como un *derecho* del litigante.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Véase art. 117 de la Constitución. No voy a examinar en este comentario si el Congreso posee facultades constitucionales para restringir discrecionalmente la jurisdicción apelada de la Corte. Con un texto constitucional similar, en los Estados Unidos ha habido un intenso debate doctrinario acerca de la constitucionalidad de diversos proyectos legislativos de eliminar la jurisdicción apelada de la Corte de ese país en temas fuertemente polémicos, tales como la validez constitucional de las oraciones religiosas en las escuelas públicas; las confesiones prestadas por los acusados criminales ante la policía y de los juramentos de lealtad de los funcionarios públicos y abogados (Véase Erwin Chemerinsky, *Federal jurisdiction* (Boston: Little, Brown and Co., 1989)). En nuestro país, Gustavo Vitale ha sostenido que el art. 280 es inconstitucional al permitirle a la Corte vedar a los litigantes a acceder a su jurisdicción sin dar razón alguna de tal decisión (Véase Gustavo Vitale, “Indefinición de la Corte Suprema de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba (el ilegítimo ‘certiorari al revés’)”, *J.A.* 2003-II-1244). Véase, al respecto, la jurisprudencia citada en la Nota 11 de este artículo.

<sup>9</sup> Como es sabido ambas convenciones, entre otros tratados de derechos humanos, “tienen jerarquía constitucional” (Véase el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental, incorporado en la reforma constitucional de 1994).

<sup>10</sup> Este análisis presupone que la Ley 26.790 no modificó los restantes requisitos de admisibilidad formal del recurso extraordinario, tal como aparecen descriptos en la Ley 48. En mi opinión, ello surge claramente de la lectura de la primera de las normas mencionadas.

<sup>11</sup> Ello fue reconocido por la propia Corte Suprema en el caso *Giroldi* – CSJN, “Giroldi”, *Fallos*: 318:514 (1995) – al interpretar el art. 8. 2. h de la Convención Americana. Esta decisión fue citada aprobatoriamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para arribar a la misma conclusión respecto de los alcances de esa cláusula convencional (véase “Abella”, Informe N° 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 262 y ss.). Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que el recurso extraordinario federal, debido a su alcance restringido, no cumple con el requisito de la doble instancia y que el art. 280 CPCCN no otorga pauta alguna a los litigantes a los fines de determinar cuáles cuestiones serán consideradas “trascendentes” o no por la Corte Suprema, lo cual determinaba que dicha norma tampoco sea compatible con el derecho a la doble instancia (Véase CIDH, “Mohamed v. Argentina”, sentencia del 23/11/2012, párrafos 104 y 107, respectivamente).

Por otra parte, según una tradicional doctrina de la Corte Suprema, el artículo 14 de la Ley 48 le veda a aquella el examen de cuestiones de hecho<sup>12</sup>. Tal circunstancia ha determinado que la Corte haya resuelto, en los casos que tramitan ante la justicia nacional en lo criminal de la Capital y en la justicia federal, que sea la Cámara Federal de Casación Penal, la doble instancia reconocida constitucionalmente.<sup>13</sup>

#### IV. Un intento (fallido) de rebatir la conclusión del punto anterior

Es cierto que las mencionadas dudas acerca de la validez constitucional de la Ley 26.790 podrían ser desechadas, a primera vista, so pretexto de que los argumentos que hemos examinado acerca de los alcances de la doble instancia solo serían relevantes para los procesos penales<sup>14</sup>.

Tal afirmación se fundaría en el hecho que, tanto el art. 8.2. h de la Convención Americana como el art. 14.5. del Pacto Internacional, se refieren a esa clase de juicios. Así, la Ley 26.790 no sería pasible de ninguna objeción constitucional en ese punto, ya que aquella expresamente establece que “no procederá el recurso en causas de materia penal” (art. 257 bis *in fine*), lo cual demostraría que se habría preservado el derecho a la doble instancia. Un análisis textual de las normas constitucionales indicaría que el derecho a la doble instancia no se aplica a los procesos señalados en el artículo 8.1. de la Convención, ya que aquel no lo

<sup>12</sup> Véase Hernán Gullco, “La libertad de expresión y el alcance del recurso extraordinario federal”, L.L.2010-E-380/387, y la jurisprudencia de la Corte que allí se cita.

<sup>13</sup> Véase decisión de la Corte Suprema en el caso *Casal* – CSJN, “Casal”, *Fallos*: 328:3399 (1995). Para la aplicación de la doctrina *Casal* en las jurisdicciones locales, véase la sentencia de la Sala III del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en el caso “F., D.J.”, sentencia del 31/5/2011. En el caso *Casal*, la Corte Suprema citó aprobatoriamente la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, en el cual se resolvió que, para que el recurso contra una sentencia condenatoria satisficiera los requisitos exigidos por el art. 8.2.”h” de la Convención Americana, era necesario que dicho recurso “... permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen *comprendido e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior*” [énfasis añadido] (CIDH, “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, sentencia del 2/7/2004, parr.167). En el párrafo anterior de su sentencia, la Corte Interamericana transcribió aprobatoriamente los dictámenes del Comité Internacional de Derechos Humanos (órgano encargado de supervisar el cumplimiento del Pacto Internacional) en donde se sostuvo que “[...] la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto” (Comité Internacional de Derechos Humanos, “Sineiro Fernández c. España”, dictamen del 7/8/2003 y Comité Internacional de Derechos Humanos, “Gómez Vásquez v. España”, dictamen del 20/7/2000).

<sup>14</sup> Por cierto que estos argumentos serían irrelevantes para rechazar las objeciones basadas en la concesión discrecional del recurso extraordinario que hace la Corte con fundamento en el art. 280 CPCCN.

prevé expresamente en tanto las garantías procesales que reconoce a los litigantes son mucho más genéricas que las del art. 8.2.<sup>15</sup> Por otra parte, los mencionados casos *Girolodi, Casal, Abella y Mohamed*, vinculados con un derecho amplio a la doble instancia, eran todos de naturaleza penal.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha apartado de una inteligencia textual del artículo 8.2. de la Convención Americana. Así, al dictar la Opinión Consultiva 11/90, el citado tribunal estableció la siguiente doctrina: “en materias que conciernen con la *determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter* el artículo 8 no especifica *garantías íntimas*, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de *debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal*. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”<sup>16</sup> [énfasis añadido parcialmente].

Al resolver posteriormente un caso contencioso, la Corte Interamericana señaló que, a pesar de que el artículo 8.1. de la Convención Americana: “... no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, *el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal*”<sup>17</sup> [énfasis añadido]. Y, aunque la Corte Interamericana no ha realizado – tal como surge de la lectura de los precedentes citados – una equiparación absoluta entre las garantías que deben regir en los procesos penales con las correspondientes

---

<sup>15</sup> El art. 8.1. de la Convención dice así: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

<sup>16</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva 11/90 del 10/08/1990.

<sup>17</sup> Corte I.D.H., “Tribunal Constitucional”, sentencia del 31/1/2001, párrafo 70. Este precedente fue citado aprobatoriamente en el voto concurrente de los jueces Fayt y Zaffaroni de la Corte Suprema de la Nación en el caso *Marchal*. Véase CSJN, “Marchal”, *Fallos*: 330:1427 (2007).

a los restantes juicios, es claro que, como regla general, se puede afirmar que el derecho a la doble instancia también se aplica a los procesos no penales.

Ello significaría que la Ley 26.790 sería inconstitucional en tanto desconoce, en los juicios no penales, el citado derecho, con el alcance que se le otorgó en los mencionados casos *Giroldi, Casal y Abella*.

## V. Un nuevo intento (quizás exitoso) de salvar la validez de la Ley 26.790

A pesar de los argumentos desarrollados en el punto anterior, no parece correcto concluir, sin más, que la Ley 26.790 es inconstitucional, dado que la prohibición que pesa sobre la Corte Suprema de examinar cuestiones de hecho en el recurso extraordinario no es absoluta.

El primer argumento a favor de esta afirmación lo encontramos en la conocida doctrina de la arbitrariedad desarrollada por la Corte. Según esta doctrina, corresponde invalidar la decisión de un tribunal ordinario cuando aquella "... prescinde de pruebas fehacientes, regularmente traídas al juicio o se hace remisión a las que no constan en él"<sup>18</sup>. Por cierto que el alcance de esta doctrina es limitado ya que "... el error en la estimación de las...[pruebas], sea cual fuera su gravedad, no hace arbitraria a una sentencia en el sentido propio y estricto de la expresión – que es el que debe presidir el discernimiento de la procedencia del recurso extraordinario en esos casos – porque la existencia de él es por sí sola demostrativa de que el pronunciamiento no se ha desentendido de la ley y de la prueba sino que se ha hecho según una interpretación equivocada – es tomando por verdadera la que no lo es –, de la primera y una apreciación también equivocada de la segunda, es decir, que no es un mero acto de arbitrariedad o capricho del juzgador..."<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Este párrafo pertenece al pronunciamiento de la Corte en el caso *Carlozzi* – CSJN, “Carlozzi”, *Fallos*: 207:72 (1947) –, el cual es un *leading case* en el desarrollo de la doctrina de la arbitrariedad y ha sido seguido por ese tribunal posteriormente en numerosos casos (véase, por ejemplo, la sentencia dictada en el caso “P de P., E.P. c. Gobierno de la Provincia de Córdoba” el 21/12/2010, Abeledo Perrot N°: 70067650, en el cual la Corte descalificó la sentencia de la justicia local por haber omitido examinar una prueba que era decisiva para la solución del caso).

<sup>19</sup> Véase CSJN, “Carlozzi”. Esta doctrina, acerca del carácter excepcional de la arbitrariedad, ha sido ratificada muchas veces por la Corte (véase, entre otros, “B. S., J. G. c. Unión Cordobesa de Rugby y otros”, sentencia del 20/11/2012, AP/JUR/3371/2012, considerando 5°. Sin embargo, en ese mismo caso, la Corte aplicó la citada doctrina para dejar sin efecto a la sentencia recurrida (“B. S., J. G. c. Unión Cordobesa de Rugby y otros”, considerandos 11-13).

Precisamente, es dicho alcance limitado de la doctrina de la arbitrariedad lo que llevó a la Comisión Interamericana a sostener en el mencionado caso *Abella* que aquella no satisfacía el derecho a la doble instancia reconocido en la Convención Americana.

En cambio, existe otra doctrina de la Corte, que fue desarrollada con anterioridad a la de la arbitrariedad, que sí parece reunir los requisitos exigidos por la Constitución.

Así, ese tribunal ha resuelto, desde antiguo, que no resulta ser “... un impedimento para la procedencia del recurso extraordinario federal que la ‘cuestión central’ del litigio haya sido calificada como de ‘hecho’ cuando dicha cuestión ‘... tiene dependencia y conexión tan estrechas con los puntos de derecho federal materia del pleito, que la decisión de la primera es, también, la de los últimos —v. Fallos: 177, 373; 181, 418 y 423—. En análogo sentido 223 U.S.573; 266 U.S.389”<sup>20</sup> [énfasis añadido]. “Así recuerda Sagüés... al reseñar otras decisiones de la CSJN que han reiterado la citada doctrina acerca de la ‘conexidad entre cuestiones federales y de hecho’, que el Tribunal ha entrado ‘[...] a considerar las pruebas en un pedido de ciudadanía, si determinadas expresiones constituyen o no delito de injurias, o la apreciación de circunstancias fácticas para la oposición al registro de marcas, o un juicio de índole similar sobre la confiscatoriedad de una contribución de mejoras, lo que obligó a evaluar el valor de una obra de pavimentación y de un inmueble’[...]”<sup>21</sup> [énfasis añadido].

## VI. Conclusión

Los argumentos desarrollados en el punto anterior demuestran que el recurso extraordinario federal tutelaré adecuadamente el derecho a la doble instancia en aquellos casos en que los planteos fácticos de la parte apelada<sup>22</sup> “estuviesen estrechamente vinculados con la interpretación de normas federales”<sup>23</sup>.

A los fines de evitar cualquier posible cuestionamiento constitucional respecto de la Ley 26.790 con base en la privación del derecho a la doble instancia, la Corte deberá realizar una

<sup>20</sup> CSJN, “Ferrocarril Central Córdoba c. Comisión de Fomento de J. B. Molina”, *Fallos*: 189:170 (1941).

<sup>21</sup> Transcripto por Hernán Gullco, “La libertad de expresión y el alcance del recurso extraordinario federal”, *L.L.2010-E-380/387*.

<sup>22</sup> Doy por sentado que el posible agravio a la violación al derecho a la doble instancia solo podría ser planteado por la parte apelada. En cambio la apelante, al haber decidido utilizar la vía del *per saltum*, habría “renunciado” al citado derecho con el objeto de obtener una solución más rápida del caso. Ver, sin embargo, la decisión de la Corte Suprema en cual se resolvió que el derecho genérico a recurrir a un tribunal de justicia (reconocido, entre otros, por los arts.18 de la Constitución Nacional y 8.1. y 25 de la Convención Americana) era, en principio, irrenunciable. Véase CSJN, “Astorga Bracht”, *Fallos*: 327:4185 (2004).

<sup>23</sup> CSJN, “Ferrocarril Central Córdoba c. Comisión de Fomento de J. B. Molina”.

interpretación sumamente amplia de la citada “vinculación” entre la cuestión de hecho y el derecho federal alegado en el caso.

Esta solución no es novedosa ya que en varios de sus precedentes la Corte ha realizado interpretaciones de la Constitución que se apartaban de su texto expreso, para evitar conflictos con las disposiciones de la Convención Americana que tutelan el derecho genérico a un recurso judicial y el derecho a la doble instancia en materia penal.<sup>24</sup>

Por otra parte, a los fines de asegurar que la instancia ante la Corte pueda ser considerada un verdadero derecho en los términos de la Convención Americana y del Pacto Internacional, el Tribunal deberá abstenerse de desestimar las presentaciones en tales casos mediante la sola remisión al artículo 280 CPCCN, ya que dicha norma no otorga pauta alguna a los litigantes a los fines de determinar qué planteos serán considerados formalmente admisibles por la Corte.<sup>25</sup>

Esta solución, de tratar de encontrar una interpretación a la ley que evite su conflicto con una norma superior, encuentra, su antecedente en una tradicional doctrina del Alto Tribunal: “... en materia de interpretación de las leyes debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional. De manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional, cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental...”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Véase, entre otros, casos *Brusa* – CSJN, “Brusa”, *Fallos*: 326:4816 (2003) – y *Dito* – CSJN, “Dito”, *Fallos*: 332:1622 (2009) –, respectivamente.

<sup>25</sup> Véase Corte I.D.H., “Mohamed v. Argentina”. La Ley 26.790 parece haber respetado este principio ya que su art.257 ter establece que “la Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite *si no se observaren prima facie los requisitos para su procedencia*, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda” [énfasis añadido]. Tal salvedad parece excluir que, en tales casos, la Corte desestime el recurso con fundamento en las facultades discrecionales que le reconoce el art. 280 CPCCN.

<sup>26</sup> CSJN, “Provincia de Buenos Aires c. Elvira de Lacour”, *Fallos*: 200:180 (1944), considerando 6°. Esta doctrina ha sido ratificada muchas veces por la Corte Suprema. Véase, entre otros, CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual v. Estado Nacional”, *Fallos*: 329:522 (2006). Un ejemplo temprano del reconocimiento implícito de este método interpretativo puede encontrarse en la decisión de la Corte Suprema de la Nación en el caso *Sojo* – CSJN, “Sojo”, 1887, *Fallos*: 32:120 (1887). Según la investigación que realicé para la elaboración de este artículo, la primera oportunidad en que la Corte adoptó expresamente esta doctrina fue en el mencionado caso de *Pcia. de Buenos Aires c. de Lacour*. Entre otros fundamentos, en la elaboración de esa doctrina, la Corte citó en esa oportunidad la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Crowell v. Benson* – “Crowell v. Benson”, 285 US 22 (1932). Aparentemente, el ejemplo más antiguo, en el derecho estadounidense, de esta solución se encuentra en la decisión de la Corte Suprema en el caso *Mossman v. Higgins* – “Mossman v. Higgins”, 4 U.S.12 (1800). Véase el artículo de Ernst A. Young, “Constitutional Avoidance, Resistance Norms and the Preservation of Judicial Review”, *Texas Law Review* 78 (2000): 1549, nota 28.

En conclusión, si se interpreta la Ley 26.790 a la luz de las pautas reseñadas (lo cual es posible, como vimos, sin forzar su texto), aquella no debería ser objeto de cuestionamiento constitucional. Esperemos que esa sea la interpretación que reciba esa disposición por parte de la Corte Suprema.

## VII. Bibliografía

- Carrió, Alejandro y Alberto Garay. *La jurisdicción 'per saltum' de la Corte Suprema Su estudio a partir del caso Aerolíneas Argentinas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1991.
- Chemerinsky, Erwin. *Federal jurisdiction*. Boston: Little, Brown and Co., 1989.
- González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ángel Estrada, 1897.
- Gullco, Hernán. “La libertad de expresión y el alcance del recurso extraordinario federal”. *L.L.* 2010-E-380/387.
- Palacio, Lino Enrique. *El Recurso Extraordinario Federal. Teoría y Técnica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.
- Sagües, Néstor. “Constitucionalidad de la apelación ‘per saltum’”. *L.L.*, 1989-B, 318 (1989).
- Tribiño, Carlos R. “Aspectos sustanciales y formales del certiorari en el recurso extraordinario”. *J.A.* 2005-III-1358 (2005).
- Vitale, Gustavo. “Indefinición de la Corte Suprema de la Nación en un caso de suspensión del proceso a prueba (el ilegítimo ‘certiorari al revés’)”. *J.A.* 2003-II-1244.
- Young, Ernst A. “Constitutional Avoidance, Resistance Norms and the Preservation of Judicial Review”. *Texas Law Review* 78 (2000): 1549.

## Jurisprudencia

- Corte I.D.H., Opinión Consultiva 11/90 del 10 de agosto de 1990.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Abella y Otros v. Argentina”, caso 11.137, informe 55/97, 18 de julio de 1997.
- Comité Internacional de Derechos Humanos, “Gomez Vazquez v. España”, dictamen del 20 de julio del 2000, Comunicación No. 701/1996.
- Comité Internacional de Derechos Humanos, “Sineiro Fernandez v. España”, dictamen del 7 de agosto de 2003, Comunicación No. 1007/2001.

- Corte I.D.H., “Mohamed v. Argentina”, 23 de noviembre de 2012, Serie C, No. 255.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107.
- CSJN, “Sojo”, *Fallos*: 32:120 (1887).
- CSJN, “Margarita Belén”, *Fallos* 311:1762 (1988).
- CSJN, “Dromi”, *Fallos*: 313:630 (1990).
- CSJN, “González”, *Fallos*: 313:1242 (1990).
- CSJN, “Naveiro de la Serna de López”, *Fallos*: 315:2771 (1992).
- CSJN, “Provincia de Buenos Aires c. Elvira de Lacour”, *Fallos*: 200:180 (1944).
- CSJN, “Girolodi”, *Fallos* 318:514 (1995).
- CSJN, “Brusa”, *Fallos*: 326:4816 (2003).
- CSJN, “Astorga Bracht”, *Fallos*: 327:4185 (2004).
- CSJN, “Casal”, *Fallos* 328:3399 (2005).
- CSJN, “Di Nunzio”, *Fallos*: 328:1108 (2005).
- CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c. Estado Nacional”, *Fallos*: 329:522 (2006).
- CSJN, “Marchal”, *Fallos*: 330:1427 (2007).
- CSJN, “Dito”, *Fallos*: 332:1622 (2009).
- CSJN, “P de P., E.P. c. Gobierno de la Provincia de Córdoba”, Abeledo Perrot N°: 70067650, 21 de diciembre de 2010.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, “F., D.J s/ Recurso de Casación”, Causa N° 12.884, 31 de mayo de 2011.
- CSJN, “B., S., J.G. v. U.C.R. y O”, AP/JUR/3371/2012, 20 de noviembre de 2012.
- “Mossman v. Higgins”, 4 U.S.12 (1800).
- “Crowell v. Benson”, 285 U.S. 22 (1932).