GENARO R. CARRIÓ

COMO FUNDAR UN RECURSO

NUEVOS CONSEJOS ELEMENTALES PARA ABOGADOS JOVENES

REIMPRESION

15
4

ABELEDO-PERROT

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 - 1328 — 1048 - Buenos Aires — Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0554-4

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN ARGENTINA

A la memoria de Laureano Landaburu,
gran hombre y eximio jurista práctico
que, con el ejemplo diario
y casi sin proponérselo,
me enseñó la profesión de abogado.

PALABRAS PREVIAS

En 1987 publiqué una monografía titulada *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso,* y subtitulada "Consejos elementales para abogados jóvenes" (Abeledo-Perrot). Recoge el texto de dos clases que, en la década del 70 y durante varios años consecutivos, dicté en los Cursos de Iniciación Profesional que entonces auspiciaba la Asociación de Abogados de Buenos Aires.

Me han dicho que esas clases, así difundidas, han tenido buena aceptación entre sus destinatarios obvios, los abogados jóvenes, y también entre quienes ya no lo son. Eso me ha decidido, insistiendo en la misma línea, a escribir una nueva serie de consejos, quizás un poco menos elementales, relacionados esta vez con la problemática de cómo fundar un recurso.

Hay diferencias relevantes entre la primera monografía y la presente. Están, por supuesto,

las de carácter manifiesto, derivadas del distinto contenido de ellas. Pero aquí quiero referirme a otra, que es la siguiente.

Mientras que en el texto de 1987 reproduje clases pensadas y reiteradamente expuestas muchos años antes, esta nueva monografía aborda temas sobre los que yo no había meditado con suficiente detenimiento antes de ponerme a escribirla, salvo en lo concerniente al recurso extraordinario, algunas de cuyas facetas desde hace tiempo han despertado en mí un genuino y perdurable interés teórico.

A lo largo de más de treinta y cinco años de ejercicio activo de la abogacía, es fácil suponer que he debido de fundar muchísimos recursos. Por lo tanto se cómo hacerlo y, dicho sea sin espíritu de jactancia, cómo hacerlo bien. Sin embargo y con la recordada excepción del recurso extraordinario, nunca hasta ahora me había puesto a pensar en cuál es precisamente el contenido de lo que a ese respecto realmente sé. Mucho menos a ponerlo por escrito. Antes de esta ocasión nunca había intentado hacer explícito, para transmitirlos a colegas con una

experiencia menor que la mía, conocimientos que durante muchos años he albergado en mí como conocimientos prácticos de carácter tácito o no articulado. Se trata de la distinción que el filósofo inglés Gilbert Ryle, mejor que ningún otro, trazó entre *knowing how* (saber cómo) y *knowing that* (saber que) en su admirable libro *The Concept of Mind.* Este pequeño volumen es un ejercicio que, en medida principal, procura traducir un *knowing how* en múltiples *knowing that.*

El lector juzgará si el esfuerzo que realicé para hacer explícitos muchos conocimientos prácticos no articulados ha valido en verdad la pena. Por supuesto que quisiera que fuese así, y no sólo por consideraciones enraizadas en mi auto-estima, de esas que hacen que a nadie le complazca haberse empeñado en cumplir una tarea cuyo saldo resultó insatisfactorio, o, peor aún, inútil. También porque me agradaría sobremanera haber sido capaz de transmitir algunos frutos de largos años de experiencia profesional a colegas mucho más jóvenes necesitados, como yo en los lejanos años mozos, de

recibir orientación o guía de quienes, a través de la práctica profesional, aprendieron cómo superar dificultades complejas que los abogados noveles enfrentan por primera vez.

Quiero añadir que no soy ni he sido procesalista, por cuya razón lo que he escrito aquí no puedė ni debe considerarse como una monografía procesal atípica o *manquée.* Este aporte presupone, eso sí, el conocimiento de las normas que gobiernan los distintos recursos tratados en él, pero no se ocupa de ellas para explicar su contenido, ni fundamentar su interpretación más correcta, ni para extraer conclusiones a partir de ese contenido o de la combinación de él con el de otras normas procesales.

Si existiera constituida la disciplina "Técnica Procesal", como cosa distinta de la Ciencia del Derecho Procesal, aunque emparentada con ella, habría que decir que el presente ensayo pertenece al área de la primera, no al de la segunda.

Los lectores que conozcan mi monografía de 1987, citada al comienzo de estas palabras

previas recordarán, espero, el empeño que puse allí 1) para distinguir un enfoque técnico del derecho y sus problemas, de una aproximación puramente teórica a uno y otros, y 2) para subrayar que el primer punto de vista es constitutivo, quizás mejor aún, definitorio, del quehacer de los abogados cuando ejercen su profesión.

Pues bien, vale la pena tener presente eso aquí, ya que la presente monografía también configura un intento de reflexionar, a un nivel elemental, sobre ciertos aspectos de la praxis del derecho. Lo que he escrito es un intento de conténido práctico, que procura fundamentar un conjunto de consejos, también elementales pero más o menos útiles, y no una contribución a la teoría jurídica, constituida por un conjunto sistemático de proposiciones verdaderas o (indeliberadamente) falsas.

La monografía se compone de un Capítulo introductorio de carácter general, seguido de otros específicos dedicados a explicar y transmitir rudimentos de carácter técnico sobre cómo fundar algunos de los principales recursos que autorizan las leyes procesales de la Nación.

Para concluir estas palabras previas, deseo a quienes lean la monografía que ellas prologan que, concluida la lectura de la última, les quede la impresión de haber mejorado en algo su aptitud para el ejercicio de la abogacía, en un área circunscripta pero muy importante de esa actividad. No puedo razonablemente aspirar a más.

G. R. C.
Septiembre de 1989

I.- INTRODUCCION

a) Si bien la Suprema Corte tiene establecido con firmeza que la garantía de la defensa en juicio no exige que para la decisión de todos los casos judiciales haya una doble instancia, esta última modalidad procesal, estrechamente ligada al recurso de apelación, tiene gran importancia para alcanzar una mejor administración de justicia.

Ello es así porque por su intermedio se reduce en medida apreciable la probabilidad, siempre presente, de errores judiciales. Se reduce pero no se elimina. En el Capítulo IV-C me ocuparé de otra institución más compleja que el recurso de apelación, enderezada en el fondo a reducirla aún más: el recurso extraordinario por sentencia arbitraria.

b) Como todos los hombres, los magistrados judiciales, incluso los más idóneos, son fali-

bles. Su vulnerabilidad al error, tanto en la decisión de cuestiones de hecho como de derecho, se ha incrementado en nuestros días por la proliferación de litigios y el consiguiente exceso de trabajo. Para enfrentar ese problema y no retrasar demasiado el ritmo de sus tareas, cosa que podría acarrearles serias responsabilidades y aún la pérdida del cargo, no pocos magistrados dictan sus sentencias tras un examen insuficiente de las actuaciones, o sin haber actualizado en medida necesaria su conocimiento de las normas vigentes, legislativas *(lato sensu)* o jurisprudenciales que deberían sustentar sus fallos.

c) Urgidos por la creciente cantidad de expedientes y por la escasez del tiempo necesario para resolverlos bien, no pocos magistrados recurren a una indebida delegación en el personal inferior, de suerte que muchas de las sentencias que firman son redactadas por subordinados, en cuya rectitud e idoneidad confían.

Por todo esto, que merecería mucho mayor desarrollo, suele ocurrir que se dicten dema-

siados fallos erróneos, para desazón de los litigantes y abogados que padecen sus consecuencias.

d) Felizmente, y por lo general, la situación tiene remedio: para la enorme mayoría de los casos de sentencias definitivas las leyes procesales abren la posibilidad de que un tribunal de alzada lleve a cabo un nuevo y completo examen de lo decidido en la instancia inferior. Esa nueva posibilidad permite que los abogados que, con razón o sin ella, consideran que el fallo adverso es erróneo, puedan impugnarlo con toda extensión y detalle y obtener que el tribunal de alzada vuelva a examinar el mérito de aquellas cuestiones decididas en contra del agraviado, revocando, en su caso, lo resuelto erróneamente en el fallo de primera instancia.

e) A tales fines está previsto y regulado un método de revisión que puede considerarse el arquetipo de los remedios procesales: el recurso de apelación. Sólo en supuestos excepcionales ciertos pronunciamientos definitivos de primera instancia no pueden apelarse. Tal es el caso, también, de un buen número de re-

soluciones interlocutorias, pero aquí debe tenerse en cuenta que: a) ellas suelen ser susceptibles del recurso de revocatoria que examinaremos en el Capítulo II; y b) que mi interés principal al escribir esta monografía ha sido explicar cómo deben fundarse los recursos contra sentencias definitivas. Ha sido así porque una sentencia definitiva es la más importante del juicio y, además, porque es en el recurso contra ellas donde aparecen los problemas prácticos de impugnación más complejos y/o más interesantes.

Lo expresado no significa desconocer la existencia de resoluciones interlocutorias, v.gr., las que resuelven incidentes de considerable importancia, que, sin ser definitivas, suelen pronunciarse sobre cuestiones de hecho o de derecho que, también ellas, pueden resultar complejas y/o interesantes. Cabe señalar, con todo, que las resoluciones interlocutorias de ese tipo por lo común son apelables. Para ellas vale, pues en lo principal, cuanto digo en el Capítulo III acerca del recurso de apelación contra sentencias definitivas.

f) Todo lo expuesto hasta aquí –debo señalarlo– ha tenido expresa o tácitamente en vista el recurso de apelación porque, según dije, es el arquetipo de los medios de impugnación de pronunciamientos judiciales.

Así debe ser considerado pues a través de él, como sugerí al comienzo de este Capítulo, se viabiliza la fundamental modalidad procesal de la doble instancia, necesaria, en la práctica, para que la administración de justicia funcione mejor, al permitir que se corrija la mayor parte de sus errores.

g) Aunque la apelación es el recurso por excelencia, no es el único. En este pequeño volumen me ocupare de otros dos: el de revocatoria o reposición (Capítulo II) y el extraordinario ante la Suprema Corte (Capítulo IV). También explicaré, siquiera brevemente, por qué no me ocupo de los otros (Capítulo V).

g-1) El recurso de revocatoria o de reposición es indudablemente atípico por cuanto no tiene por objeto tratar que los desaciertos en que ha incurrido un órgano jurisdiccional sean enmendados por otro, de jurisdicción más ele-

vada. En lugar de ello procura que el mismo órgano que, según el recurrente, ha dictado un pronunciamiento erróneo, advertido por aquél de su error, lo deje sin efecto. Aunque sólo indirectamente relacionado con el instituto de la doble instancia, el recurso de revocatoria es importante y se justifica que me ocupe de él.

Digo que está "indirectamente" relacionado con la doble instancia porque en muchos casos tiende a hacerla innecesaria cuando *prima facie* aparezca como tal. Esto es, porque hay casos en que frente a una resolución claramente errónea, que puede ser vista como el fruto de la mera inadvertencia de quien la dictó, cabe esperar que sea este mismo, sin necesidad de la intervención de un tribunal superior, quien rectifique el desacierto. (En esos casos los jueces, al auto-enmendarse la plana, suelen hablar de "error material").

Dije que el recurso de revocatoria "es importante", a pesar de que sólo funciona en el área de las resoluciones interlocutorias y no en el de las sentencias definitivas, porque ahorra tiempo –mercancía preciosa en el mundo del

foro – al posibilitar que sean los propios jueces quienes, advirtiendo que se han equivocado, se corrijan a sí mismos, aunque a instancias del interesado en la rectificación.

g-2) En lo concerniente al recurso extraordinario para ante la Suprema Corte, al que dedicaré el Capítulo IV, bastará con señalar aquí lo que sigue. Nuestra Suprema Corte no es un tribunal de tercera instancia, salvo cuando interviene en ejercicio de su jurisdicción apelada, cuyo radio de acción es en la práctica muy reducido. También lo es, dicho sea al pasar, el de su jurisdicción originaria: actúa allí como tribunal de instancia única en una pequeña familia de casos, acotada en la Constitución.

La jurisdicción más importante de la Corte es, de lejos, la extraordinaria. En ejercicio de ella cumple con su papel fundamental: velar por la supremacía de la Constitución Nacional y, debe agregarse, de las restantes normas federales dictadas en su consecuencia. La herramienta procesal por cuyo intermedio las partes llevan sus casos a decisión de la Corte, para que ésta los resuelva ejerciendo su jurisdicción ex-

traordinaria, es, precisamente, el recurso extraordinario inicialmente regulado por la vieja ley 48, todavía en vigor.

Sin perjuicio de que en el Capítulo IV explicaré con adecuado detenimiento cómo fundar un recurso extraordinario, he creído conveniente anticipar aquí algunas pocas cosas sobre el dominio de la jurisdicción extraordinaria de la Corte, para que desde ahora se vaya viendo mejor cuáles son las diferencias fundamentales entre aquél y el recurso de apelación, tema que corresponde a este Capítulo introductorio.

Por la vía del recurso extraordinario el Alto Tribunal puede conocer en ciertos tipos de casos, que son excepcionales, porque son excepciones a la regla de que los casos iniciados y tramitados en las jurisdicciones locales deben fenecer en ellas. Sólo podrá recurrirse a la Suprema Corte nacional en uno de los siguientes supuestos o tipos de casos de excepción:

1) Si en el pleito se ha cuestionado la validez de un acto federal (ley del Congreso, tratado internacional, acto de autoridad ejer-

cida en nombre de la Nación) y la decisión ha sido contraria a su validez;

2) Si en el pleito se ha cuestionado la validez de un acto local (ley o decreto provincial, acto de una autoridad provincial) bajo la tacha de ser repugnante a una norma o un acto federal y la decisión ha sido favorable a la validez del primero; y

3) Si se ha cuestionado la inteligencia de una cláusula de la Constitución Nacional, de una ley federal, de un tratado internacional, etcétera, y la decisión ha sido contraria a la validez del título, derecho, exención o privilegio que se funda en dicha cláusula y ha sido materia del recurso.

Los tres supuestos indicados resumen el campo que demarcan los tres famosos incisos del artículo 14 de la ley 48. Los límites de ese campo acotan lo que podríamos llamar el ámbito tradicional del recurso extraordinario (ver Capítulo IV, B).

Para tener ante nosotros su ámbito total habría que agregar el ámbito cubierto por el recurso extraordinario por sentencia arbitraria,

creación pretoriana de la Corte desarrollada de manera creciente a partir del último trimestre de 1955 (ver Capítulo IV, D). Esta interpretación que habla de dos ámbitos ha tenido gran aceptación.

En otra interpretación, también considerada aceptable, el recurso de arbitrariedad se subsume en los incisos del artículo 14, ley 48, por cuanto se trata de una vía para tutelar la garantía de la defensa en juicio (C.N., art. 18) y además, en ciertos casos, la de la propiedad (C.N., arts. 14 y 17). La doctrina de la arbitrariedad hallaría fundamento, con esta otra interpretación, en el artículo 14, inciso c, de la ley 48.

No interesa dilucidar aquí cuál de las dos interpretaciones es mejor; diré, con todo, que prefiero la segunda. Si se la acepta, es la ley 48 en su artículo 14 la que define lo que hoy puede considerarse como la noción amplia de cuestión federal. Si se opta por la primera, esta noción amplia exige que a la interpretación tradicional de los tres incisos se sume lo que puede extra-

erse de la jurisprudencia de la Corte en materia de arbitrariedad.

Para que un recurso extraordinario sea procedente la sentencia definitiva que mediante él se ataca debe contener una cuestión federal en sentido amplio (los tres incisos más la doctrina de la arbitrariedad, en la primera interpretación) o, lo que en su consecuencia es lo mismo, simplemente una cuestión federal lisa y llana, entendido con amplitud el texto del artículo 14, inciso c de la ley 48 (la arbitrariedad "adentro", no "afuera", de ese texto legal). Hay otros requisitos para la admisibilidad del recurso pero ése –el de cuestión federal– es el más importante.

De todo ello se sigue que no cualquier sentencia definitiva adversa es impugnable por la vía del recurso extraordinario. Si no hay cuestión federal no es procedente. Esa es la distinción principal entre un recurso de apelación –como regla *siempre* procedente, salvo casos excepcionales, contra sentencias definitivas adversas– y uno extraordinario, sólo excepcionalmente admisible contra ellas. Por todo esto

se afirma, con verdad, que la Suprema Corte, cuando conoce en un litigio en virtud de su jurisdicción extraordinaria no es en modo alguno un tribunal de tercera instancia.

Insisto en que si he creído conveniente exponer lo que antecede acerca del ámbito de la jurisdicción extraordinaria de la Corte, es para que desde ya se vea con claridad la diferencia central entre el recurso extraordinario y el de apelación.

h) Creo que el resumido cotejo que he hecho entre el recurso de apelación, por un lado, y los de revocatoria y apelación, por otro, sirve para mostrar el carácter amplio del primero y los papeles mucho más restringidos de los otros dos. Estos y sus papeles, a su vez, son tan diferentes entre sí que resultan prácticamente inconmensurables: no puede establecerse entre ellos ninguna comparación útil o reveladora.

i) Existen sin duda otros recursos que, si bien tienen puntos de contacto con el de apelación –todos los tienen–, poseen finalidades parcialmente distintas a la de éste, así como

contextos de operación diferentes. Por ello actúan en campos mucho más limitados. Un buen ejemplo es el del recurso de inaplicabilidad de ley del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Su función principal es superar infundadas discrepancias en la decisión de litigios de contenido análogo, resueltos por distintas salas de un mismo tribunal de alzada. Aunque a través de él se impugnan pronunciamientos con miras a que sean revocados y en eso concuerda con el recurso de apelación, su propósito último, como dije, es unificar criterios jurisprudenciales discordantes adoptados por salas distintas de una misma Cámara.

j) Concluiré este Capítulo introductorio con unas pocas pero indispensables referencias, al derecho judicial. El intento de explicar cómo fundar un recurso presupone saber algunas cosas básicas acerca de esa fundamental dimensión de la experiencia jurídica. De los dos grandes sistemas de derecho de Occidente, el *common law* y el *civil law,* el primero ha puesto mayor énfasis en el derecho judicial; es manifiesta la importancia central que éste tiene en el sis-

tema jurídico de los anglosajones. Tiene vigencia en él una norma consuetudinaria judicial, el principio del *stare decisis,* según el cual los fallos anteriores dictados para decidir casos concretos son obligatorios para otros jueces que, con posterioridad, deben decidir casos análogos. Eso hace que las decisiones concordantes, lo que los norteamericanos llaman *"the trend of decisions"* y nosotros "la jurisprudencia", ocupen en el orden de prelación de las fuentes un rango notoriamente superior al que ocupa en el de los países del *civil law.*

No es de extrañar que haya sido en uno de los principales países del *common law,* en los Estados Unidos, que se originara un movimiento como el llamado realismo jurídico norteamericano, que comenzó a difundirse en la década de los años 20 y alcanzó plenitud en la de los 30. Su grito de guerra, por decirlo así, fue *"all the law is juge made law"* (todo el derecho es derecho judicial) proclamado por John Chipman Gray.

Además de Gray, fue precursor de ese movimiento el gran jurista y ministro de la Su-

prema Corte estadounidense Oliver Wendell Holmes. Para éste el derecho (seguramente quiso decir "el conocimiento del derecho") es la profecía de lo que los jueces harán al decidir los casos concretos.

Expresa o tácitamente los realistas juristas norteamericanos aceptaron esa caracterización del conocimiento jurídico hecha por Holmes. Consideraron, en consecuencia, que un buen jurista es aquel que hace buenas profecías, el que logra vaticinar con acierto las decisiones judiciales futuras. Para predecir un fallo hay que conocer lo mejor posible, entre otras cosas, todas las características relevantes del juez que habrá de dictarlo. Se entiende por características "relevantes" aquellos rasgos del juez, de su personalidad, carácter, educación, ideología, clase social, versación jurídica, laboriosidad, ambiciones, religión, proyectos vitales, entorno familiar, principios morales, carrera judicial, prejuicios de todo tipo, preferencias políticas, mayor o menor integridad, entorno de amigos cercanos, entidades sociales que frecuenta, obra escrita sobre temas jurídicos y sociales, actua-

ción universitaria, etcétera, todos aquellos rasgos, repito, que concebiblemente habrán de incidir sobre él al decidir un caso, según sea el tipo de problemas, hechos y valores que lo definan y las condiciones personales y sociales, *lato sensu,* de las partes.

Va de suyo que si todo eso es relevante para predecir un fallo no lo es menos para fundar con eficacia un recurso dirigido a lograr que un fallo así, de ese contenido, se dicte.

Algunos integrantes del realismo jurídico norteamericano se excedieron, sin duda, en la enunciación y desarrollo de sus tesis y enfatizaron en demasía la importancia de las características de los jueces como dato para predecir sus decisiones y argumentar exitosamente ante ellos. Otros adoptaron puntos de vista más equilibrados.

Se ha comparado así el movimiento, en cuanto a sus fundamentos teóricos, con el realismo jurídico escandinavo y, también, con la escuela del derecho libre de Europa continental. No interesa aquí evaluar el acierto de esas comparaciones.

Lo que sí interesa es que se vea la relevancia que las contribuciones de los realistas norteamericanos tienen para el desarrollo de un tema como el que trato en esta monografía. Esa relevancia opera respecto de todos los recursos que aquí veremos, quizás más en relación con unos que con otros pero en cualquier caso respecto de todos ellos. Por eso me refiero a ese movimiento en este Capítulo inicial. Aunque en los restantes no aluda expresamente a él, su enfoque estará tácitamente presente en casi todo lo que diga.

No concluiría con justicia esta referencia al derecho judicial y a su importancia, como así tampoco a la del *common law,* si no mencionara la decisiva importancia que para la difusión de esos temas tuvo entre nosotros la figura señera de Carlos Cossio y el aporte de algunos de sus primeros discípulos. En 1945 Cossio pronunció una serie de conferencias, dirigidas a un numeroso grupo de distinguidos magistrados de nuestro foro, que sirvieron de base a un libro pionero: *El derecho en el derecho judicial* (Kraft). Su título revela su contenido. El ciclo

de conferencias fue organizado por Laureano Landaburu.

Un par de años antes un ilustre discípulo de Cossio, Juan Francisco Linares, había publicado ya un brillante estudio con base en la jurisprudencia de la Suprema Corte, quizás el primer estudio de su tipo elaborado entre nosotros: *El debido proceso sustantivo como garantía innominada en la Constitución Nacional,* reeditado años después, en una versión actualizada, bajo el título de *La razonabilidad de las leyes* (Astrea).

Con el correr de los años (a principio de la década del 50) Cossio se vinculó con la *Southern Methodist Law School* de Dallas, Texas, Estados Unidos, y persuadió a algunos de sus discípulos jóvenes a que fueran a estudiar en esa facultad de derecho norteamericana.

Julio Cueto Rúa fue uno de los primeros en graduarse y enseñar en ella. Como consecuencia de eso publicó en Buenos Aires un libro también pionero: *El Common Law* (La Ley). Se explica en él cuáles son las características salientes de ese importante sistema jurí-

dico; el método que Cueto Rúa emplea no puede ser más pertinente y más didáctico: incluye como elemento central la presentación y análisis de una serie de fallos norteamericanos sobre el mismo tema, a través de los cuales va creciendo y evolucionando una doctrina jurídica. Ello hace patente cómo funciona en la práctica el *common law.*

Otro de los discípulos de Cossio que contribuyó a la difusión del *common law* en nuestro medio, fue Julio Gottheil, quien también se graduó y enseñó en la *S.M.U. Law School.* A su regreso al país publicó *Common Law y Civil Law* (Abeledo-Perrot), donde establece una profunda comparación entre los presupuestos básicos (en inglés *assumptions*) de los dos grandes sistemas jurídicos de Occidente.

Last and maybe least, quien escribe estas líneas, también antiguo alumno de Cossio, que también se graduó y fue profesor de la citada facultad de derecho estadounidense, hizo aportes, aunque de menores pretensiones, en el mismo sentido que Cueto Rúa y Gottheil. Al año de haber regresado del país del Norte,

publicó en *Lecciones y Ensayos* un artículo titulado "Sobre la ciencia del derecho y las creencias de los juristas" –su primera publicación de la que no se avergüenza– que, con la misma intención del libro de Gottheil, compara las distintas creencias (en el sentido de Ortega) en que están instalados o sobre las que se apoyan los juristas del *common law* y el *civil law*. Un par de años después publicó un libro donde se estudia un sector importante y por ese entonces muy reciente del derecho judicial argentino: *Recurso de amparo y técnica judicial (Análisis crítico del caso Kot)* (Abeledo-Perrot). El libro está visiblemente inspirado por los métodos de análisis de los juristas norteamericanos. En menor medida lo está otro libro suyo que constituye, casi exclusivamente, un estudio de fallos de la Suprema Corte, con pretensión de sistematizar su contenido: *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria* (Abeledo-Perrot).

Ninguna de las contribuciones citadas en los párrafos precedentes, todas ellas relacionadas de manera estrecha con el derecho judicial,

hubiera sido posible sin la inspiración y la influencia de Cossio.

k) Finalizo aquí este Capítulo introductorio. En los que siguen procuraré dar al lector algunos consejos razonados acerca de cómo fundar tres recursos: el de revocatoria (Cap. II), el de apelación (Cap. III) y el extraordinario (Cap. IV).

Se que hay otros que deberían merecer consideración (vgr., el de inaplicabilidad de ley, el de revisión en sede penal). Al final de la obra (Cap. V) explico por qué sólo me ocupo de esos tres y no de los restantes.

El recurso extraordinario recibirá mayor desarrollo por varias razones que el lector debe conocer: 1) porque por regla general es aquel cuyo escrito de interposición, por lo que se verá, debe ser más extenso, detallado y prolijo que los otros; 2) porque hay dos variedades o tipos diferenciales de recursos extraordinarios: el que podemos llamar tradicional y el de arbitrariedad. Ambos merecen tratamiento hasta cierto punto independiente; 3) porque, quizás más que los otros, suele presentar una diversi-

dad de aspectos complejos, especialmente dificultosos para un abogado novel; 4) porque de los tres recursos de que trata esta monografía es el único que, hace ya muchos años, despertó en mí un interés teórico perdurable, razón por la cual, quizás, en los últimos diez años en que practiqué activamente la abogacía me consagré preferentemente a él, casi como especialización profesional.

II.- EL RECURSO DE REVOCATORIA

a) El remedio procesal del epígrafe tiene por objeto, como dije al pasar en el Capítulo anterior, obtener que un magistrado que dictó una resolución considerada errónea por la parte afectada por ella, la deje sin efecto a instancias de esa parte. También recordé que el recurso de revocatoria sólo procede contra resoluciones interlocutorias, no contra sentencias definitivas.

b) Las referencias al realismo jurídico norteamericano contenidas al final del Capítulo I tendrían que alertarnos respecto de qué circunstancias deben de tenerse básicamente en cuenta para decidir, *primero*, si vale la pena tratar de que el mismo concreto magistrado que dictó un pronunciamiento dado lo deje sin efecto y, en caso afirmativo, decidir, *segundo*, cómo fundar el recurso para que tenga las ma-

yores probabilidades de éxito que las circunstancias permitan.

Como es obvio, tales circunstancias tienen mucho que ver con aquellas características personales del juez que posean mayor relevancia para que revoque una decisión previa suya.

A fin de decidir si debe interponer o no un recurso de revocatoria y, en caso afirmativo, seleccionar los mejores argumentos, descartando los que *prima facie* resulten inútiles y aun contraproducentes, quien enfrenta esa situación debe esforzarse por averiguar, ante todo, cuáles son las características personales relevantes del juez. "Relevantes" quiere decir aquí, como más arriba, "capaces de influir en su decisión".

c) Hay características personales genéricas y otras más específicas. Entre las primeras debemos mencionar las que de modo directo se relacionan con el carácter o la idiosincrasia del juez. Este puede ser: 1) una persona terca u obstinada, poco proclive a admitir que se ha equivocado y, menos aún, a rectificarse, manera de ser que puede presentarse en él como un

rasgo constante definitorio de su personalidad; o, por el contrario, puede ser: 2) una persona razonable, comprensiva y flexible, dispuesta a reconocer que ha cometido un error y aún a rectificarlo.

Si nuestro juez imaginario es del tipo 1 y no, de manera alguna, del tipo 2, entonces no será aconsejable pretender algo prácticamente imposible, tal como sería que ese juez admita su desacierto y deje sin efecto su resolución.

Aun así puede darse el caso de que la víctima del error no tenga otra alternativa, cualquiera sea el motivo que la obligue a ello, que intentar la revocatoria. También entonces, por supuesto, esa víctima o, mejor, su letrado, debe tener en cuenta con qué clase de juez en concreto debe lidiar. Si éste se asemeja a uno del tipo 1, aunque no llegue a "dar el tipo", el letrado debe evitar en lo posible que los rasgos idiosincráticos del juez obren en su contra. Nada ganará con ignorarlos, apoyando el recurso en argumentos que exacerben la obstinación del juez. Procediendo así sólo conseguirá

asegurar el rechazo del recurso. (Esto y lo otro que diré vale, *a fortiori,* si el juez plenamente "da el tipo 1". Sigamos suponiendo, con todo, que no llega a darlo).

Por el contrario, es mejor que el recurrente adopte un tono respetuoso y se limite a exhortar al juez a que evite perjuicios a su parte frutos de una inadvertencia, *prima facie,* excusable, incurrida al dictar la providencia que se impugna, sólo concebible como consecuencia de un error "material".

En líneas muy generales esa parece ser la mejor actitud por adoptar cuando se trata de interponer revocatoria frente al auto de un juez obstinado o semi obstinado. *Mutatis mutandi,* similar actitud hay que adoptar ante jueces que exhiben otros rasgos idiosincráticos semejantes, de carácter muy amplio, definitorios de su personalidad. Si se me permite el giro, hay que correrlos para el lado que disparan.

d) También hay que estar advertido y preparado frente a un dilatado espectro de convicciones, ideologías, prejuicios, resentimientos no personales, etcétera, así como frente a otras

actitudes del juez, igualmente más concretas o específicas, en comparación con su obstinación o terquedad. Hay que estar advertido y preparado acerca de eso cuando se trata de interponer y fundar un recurso de revocatoria contra la decisión de un juez marcado por algunos de esos estigmas psicológicos o valorativos más circunscriptos. Ello es condición necesaria para que el recurso tenga una dosis mínima de viabilidad práctica.

Imaginemos el caso de un juez que tenga algunos de los rasgos siguientes. Es agresiva e intolerablemente religioso; o xenófobo y nacionalista de extrema derecha; o exageradamente púdico, a tal punto que se siente afectado por actos u objetos que valora como desbordes pornográficos favorecidos por una sociedad demasiado permisiva; o cerril enemigo del divorcio; o proclive a considerar como formas de licencia, aun de libertinaje, a actos que la gran mayoría considera manifestaciones legítimas del ejercicio de libertades constitucionales; o es antisemita; o enemigo de todo aquello que ante sus ojos se presenta como desafíos insensatos

que el presente lanza contra pautas tradicionales valiosas, etcétera.

Al fundar un recurso de revocatoria ante un juez que posee algunas de esas características idiosincráticas particulares, en un caso en que el contenido de la resolución impugnada, en uno u otro sentido, puede chocar con tales prejuicios o actitudes, el recurrente debe evitar que sus argumentos disparen determinados reflejos del juez y éste se sienta inclinado, de manera casi automática, a rechazar el recurso con la ciega convicción y denuedo propios de un cruzado.

En una situación de ese tipo, si el recurrente no puede recusar al juez con causa, debe tener el cuidado de elaborar sus argumentos con el mayor grado de racionalidad posible, procurando atenuar, si no eliminar, el peso de los ingredientes ideológicos, *lato sensu,* que se hallan en juego. Si éstos conservan la gravitación que inicialmente tenían, la suerte del recurso estará perdida: serán ellos los que influirán de manera decisiva en su rechazo. No es el caso de que en situaciones de ese tipo deba

confiarse demasiado en la racionalidad; no hay mayores esperanzas de que un juez como el que hemos imaginado ceda en sus prejuicios ante argumentos puramente racionales, por serios que sean.

Pero menos aún debe confiarse en la fuerza de actitudes irracionales opuestas a las de nuestro magistrado, aunque adquieran ardorosa expresión en la retórica de un abogado –el recurrente– de talante belicoso. Por aguerrido que éste sea, lleva todas las de perder: jamás conseguirá que un escrito haga cambiar de signo, ni siquiera neutralizar, los prejuicios del juez. En cambio, el abogado que se ciña a desarrollar sin pasión argumentos racionales no llevará necesariamente todas las de perder; sus perspectivas, por poco que sea el margen de diferencia, serán mejores que las de su colega entusiasta, ardiente o fragoroso. Todo depende del grado de profundidad con que están ahincados los prejuicios de nuestro imaginario juez.

e) Por suerte la gran mayoría de los jueces no son individuos de carácter terco u obstinado ni vehículos de prejuicios irracionales,

opuestos ciegamente a tal o cual creencia, comportamiento, valoración, credo religioso, etcétera. Son hombres calmos, razonables y tolerantes. ¿Cómo fundar un recurso de revocatoria contra resoluciones dictadas por estos últimos?

Aquí, debo confesarlo, estoy en un aprieto. No es mucho lo que puede decirse en trance de contestar una pregunta como ésa, formulada en términos tan abstractos. Me sentiría mucho mejor capacitado para contestarla sino se refiriera a cualquier resolución, sino a una en particular dictada en un expediente concreto, y si, al formulármela, se me informara sobre el contenido de una y otro. Pero eso no puedo hacerlo aquí sin violar las reglas del juego; mis lectores y yo tenemos que entendernos sin conocer datos empíricos tan concretos como los indicados. Además, aunque los conociera, no podría desarrollar argumentos dotados de interés general a menos que se modificara la pregunta y la información ampliara el número de expedientes y resoluciones, en forma gradual, basta que fuesen suficientemente representativos. Sólo así sería posible extraer del material

de base enseñanzas verdaderamente útiles. Es decir, aplicables a una importante cantidad de casos diversos. De muy poco valdría dar consejos sólo válidos para un caso o aun para un solo tipo de casos.

f) Frente a la pregunta general –¿Cómo fundar una revocatoria ante un juez razonable?– no se me ocurre otra cosa que remitirme a algunas (super) generalidades que expuse en mi ensayo *Cómo argumentar un caso,* incluido como segunda parte de la monografía citada en las palabras previas de ésta. Allí me detuve en algunas indicaciones acerca de cómo redactar los escritos principales de un juicio para que sus destinatarios (los jueces) nos entiendan bien, como condición necesaria para que nos den la razón. Algunas de ellas valen para el escrito de interposición de una revocatoria. El lector sabrá discernir cuáles.

El último de esos consejos o indicaciones subraya la conveniencia de guardar las buenas maneras en la redacción de los escritos judiciales. No hacerlo, ser demasiado irónicos, descomedidos, "sobradores", agresivos, irrespetuo-

sos, etcétera, no es por cierto el mejor camino para tener éxito en el campo de la argumentación forense. Esto vale de manera muy especial para un recurso de revocatoria. La razón es manifiesta: quien debe acogerlo o rechazarlo es el mismo juez que dictó la resolución que se impugna. No hace falta gran esfuerzo para demostrar que tiene mayor posibilidad de éxito un recurso de reposición fundado, digamos, en que el juez cometió un error más o menos excusable, que afortunadamente él mismo puede enmendar, que otro fundado, por ejemplo, en que el juez cometió un craso error sólo comprensible por sus pocas luces o por su imperdonable negligencia.

Lo expuesto en este Capítulo es todo cuanto puedo decir, dentro de los estrechos límites de una monografía, acerca del atípico recurso de revocatoria.

En el próximo me ocuparé del remedio procesal por excelencia: el arquetípico recurso de apelación.

III.- EL RECURSO DE APELACION

a) Comenzaré *recordando por qué* la apelación debe considerarse el arquetipo de los recursos judiciales, aquel en que concurren las características más salientes de un remedio de esa índole. Las razones principales para considerarlo así son dos:

a-1) La primera: a diferencia del recurso de revocatoria, que es resuelto por el mismo juez que dictó la providencia impugnada, en el de apelación ésta debe ser reexaminada y, en su caso, dejada sin efecto, por *otro* tribunal, de instancia superior.

a-2) La segunda: a diferencia del recurso extraordinario que, como regla, sólo persigue revisar aspectos limitados de lo resuelto por el tribunal *a quo,* aunque haya otros aspectos también erróneos y lesivos para el recurrente, el de apelación, si está bien fundado, per-

mite un examen mucho más amplio, que puede alcanzar a todos los puntos, de hecho y de derecho, cuya decisión, adversa para el recurrente, ha causado a éste lesiones jurídicas conocidas técnicamente como agravios. Por eso el escrito de fundamentación del recurso se llama, también técnicamente, expresión de agravios.

b) Antes de tratar de ver cómo debe fundarse una expresión de agravios, diré unas breves palabras sobre un punto que algunos letrados –noveles o no– suelen pasar por alto al redactar ese escrito. No sólo tiene que ver con la impugnación de la sentencia de primera instancia apelada; se anticipa a una eventual sentencia confirmatoria del Superior y tiende a posibilitar su revisión por la Suprema Corte. Me refiero al planteamiento o mantenimiento de una cuestión federal. Cuando ésta puede considerarse sorpresiva, por surgir del fallo apelado, esa cuestión debe plantearse, a más tardar, en la expresión de agravios. Si se planteó antes, debe mantenerse en ella. Si no ha sido planteada o mantenida en tiempo opor-

tuno, la Suprema Corte desechará, por regla general, el recurso extraordinario.

Si bien la precaución indicada –plantear o mantener una cuestión federal– no es específicamente parte de la impugnación de la sentencia apelada hecha en una expresión de agravios, tiene o puede tener suficiente conexión con el necesario contenido de ese escrito. Por ello he creído pertinente decir algo a ese respecto en este lugar. Es una carga procesal que no conviene olvidar.

c) Fuera de ese planteamiento o mantenimiento, no hay ningún otro punto específico que, como carga procesal, deba necesariamente integrar la expresión de agravios, salvo una *importantísima* prevención. Salvo ella, el apelante, es libre de elegir para impugnar aquellas secciones, partes, aspectos o argumentos, aseveraciones, evaluaciones de elementos de prueba, interpretación de textos normativos, apreciación del significado, alcances o efectos de escritos de las partes, etcétera, que a su juicio incluyen desaciertos o consisten en ellos y que, por esa razón y según su

entender, privan de adecuado sustento a la sentencia apelada.

Aquí viene la prevención preindicada. La libertad del apelante, sin embargo, conoce límites. La expresión de agravios puede ser parca y, en general, conviene que lo sea. Pero no serlo tanto que las impugnaciones que la forman resulten insuficientes para que pueda considerárselas un intento genuino de refutar el fallo del inferior. Si no es suficiente, si es tan pobre que deja intacta la fuerza de convicción de aquél, por no haberse intentado realmente destruirla o afectarla, el tribunal de alzada declarará *desierto* el recurso. Esto equivale a considerar que el recurrente no ha apelado en verdad la sentencia; ésta ha quedado, por ello, consentida y firme.

La deserción total del recurso es la forma máxima que asume una institución procesal que también puede asumir alcances más circunscriptos. Supongamos que la parte vencida apela toda la sentencia, sin limitaciones. Supongamos que al expresar agravios omite fundarlos en relación con un aspecto concreto del fallo. Pues

bien, en esa situación la ausencia de agravios específicos a ese respecto autoriza al tribunal *ad quem* a tenerlo como consentido y firme en esa parte. Si el punto no impugnado en la expresión de agravios basta, no obstante su apariencia circunscripta, para sustentar *todo* el fallo, la omisión del apelante, pese a su aspecto parcial, sella la suerte de *todo* el recurso, incluso en lo que concierne a los restantes puntos apelados y debidamente impugnados. Toda la sentencia del *a quo* queda consentida y firme.

Hasta aquí he dado dos consejos: uno de aplicación muy limitado que sólo vale para aquellos casos en que se piensa ir a la Corte; otro de aplicación muy amplia, que vale para todos los casos porque previene contra el riesgo de que una insuficiente expresión de agravios haga estéril, total o parcialmente, los esfuerzos del apelante.

d) Ahora me toca dar otros consejos. Comenzaré por uno que, como el último, también tiene carácter general. De algún modo lo he rozado más arriba. Se refiere a lo benefi-

cioso de la brevedad de las expresiones de agravios, siempre, claro está, que el apelante sea cuidadoso de que su parquedad no le haga correr el riesgo de la deserción total o parcial del recurso.

Si no recuerdo mal, fue don José Ossorio y Gallardo, en su inolvidable libro *El alma de la toga*, quien, aconsejando como yo, aunque con mayor elegancia, a abogados jóvenes, dijo unas palabras que los letrados noveles no debieran olvidar: "Sé breve, porque la brevedad es el manjar predilecto de los magistrados. Si lo eres, te darán la razón aunque no la tengas y, a veces, aunque la tengas".

Que la brevedad agrada sobremanera a los jueces es cosa fácilmente explicable, habida cuenta del exceso de tareas que hoy pesa sobre ellos. Alguna referencia a ese fenómeno hice a comienzos del Capítulo I.

e) ¿Cómo hacer para ser breve, sin detrimento de la eficacia, al expresar agravios? Yo haría así. Primero leería con cuidado la sentencia que quiero impugnar. Después anotaría de manera sucinta los errores que creo advertir

en ella. En un tercer paso, con esos errores haría una lista en orden decreciente de gravedad, comenzando, como sugeriría el doctor Perogrullo, por el más grave. Es posible que para confeccionar bien esa lista sea necesaria una segunda lectura del fallo. No vacilemos en hacerla. (Dicho sea entre paréntesis, no puede redactarse una buena expresión de agravios sin conocer muy bien el expediente. Ello vale para todos mis consejos, tanto para los que estoy dando, como para los que he dado y daré en este ensayo).

Después de la segunda lectura, si ha sido necesaria, debemos completar la lista de errores; por último, tratar de ver cuáles son los mejores argumentos para desenmascararlos y refutarlos. Aquí hay que hacer una segunda lista. En efecto, esos argumentos deben ordenarse en otra lista, donde conviene separarlos inicialmente en función de cuál es el error al que cada uno ataca y ordenarlos en orden decreciente de contundencia. Como algo hemos aprendido del doctor Perogrullo, comenzaremos por el más fuerte.

Esta segunda lista nos permitirá advertir, en muchos casos, que un argumento *X*, eficaz para demostrar por qué el fallo yerra cuando hace la aseveración *A*, puede dejarnos mal parados frente a la aseveración *B*. Si la demolición de esta última es más importante que la de la primera, no debemos usar el argumento *X* o, si lo usamos, debemos limitarlo en su alcance cuanto sea necesario para neutralizar su efecto negativo respecto de *B*.

Una lista ordenada de argumentos, puesta en conexión con una lista ordenada de los errores que aquellos procuran desenmascarar y refutar, nos permitirá –estoy seguro– alcanzar no pocos resultados interesantes para seleccionar los que resulten ser, objetivamente, los mejores argumentos, sin correr el riesgo de emplear argumentos inicialmente seleccionados que, en definitiva, no sean tan buenos como a primera vista parecían.

Este es un resultado conveniente de la confección y cotejo recíproco de las dos listas ordenadas. Hay muchos más que no indicaré aquí porque me sentiría incómodo si se me

reprochara haberme puesto latoso, tan luego al abogar por los méritos de la brevedad y aconsejar cómo alcanzarla.

f) Para que no me ocurra cosa tan desgraciada, sólo me referiré a una situación adicional, confiando en que el lector sabrá sacar por su cuenta un mayor provecho del método indicado (el de la confección y cotejo recíproco de las dos listas, una de errores judiciales, la otra de argumentos forenses).

Esta situación o hipótesis adicional apunta a lo siguiente. De la lista de argumentos de impugnación puede surgir que dos de ellos, que llamaré *Z* y *Y*, no pueden utilizarse en un mismo plano, por decirlo así, porque usados de esa manera no son congruentes entre sí, en razón de que, v.gr., uno y otro presuponen situaciones de hecho distintas que no pueden darse a la vez. Pero de ello no se sigue que estamos forzados a abandonar *Z* o *Y* ni, mucho menos, que lo más inteligente o cauto es no usar ninguno de los dos (ni *Z* ni *Y*). En casos como ése lo más inteligente puede ser usar los dos, aunque uno como subsidiario del otro: *Z*, pero si

no se considera dado el presupuesto de hecho que lo condiciona, *Y* (o a la inversa, según cuál de los dos argumentos tenga más fuerza).

Esa es la base mínima de la argumentación escalonada que usan los abogados para emplear el mayor número de argumentos de que disponen, sin afectar la fuerza de convicción de ninguno de ellos ya que no todos valen a la vez.

La argumentación escalonada (*Z* o subsidiariamente *Y* o subsidiariamente *X*, etcétera) tiene gran fuerza persuasiva. Sobre todo si se la compara con el estilo de argumentación que emplean algunos abogados demasiado ansiosos por ganar el pleito. Para alcanzar su objetivo tales colegas se regodean, porque consideran necesario y conveniente hacerlo, en emplear *todos* los argumentos que creen eficaces para atacar el fallo apelado, como si todos tuvieran la misma importancia y pudiesen utilizarse en un mismo plano de validez argumentativa. Por ello no se preocupan de ordenarlos por su grado de importancia ni se detienen a examinar si hay algunos que sólo pueden ser esgrimidos como razones subsidiarias respecto de otros.

Todo esto, como debería ser comprensible de suyo, da por supuesto que el abogado destinatario de nuestros consejos tiene un grado tal de objetividad que le permite evaluar con equilibrio la fuerza persuasiva de sus argumentos. Nuestro abogado ansioso, por lo común, no lo tiene. La ausente objetividad debiera permitirle, si la tuviera, descartar por su debilidad argumentos que, sin ser inválidos, poseen poca fuerza. Es decir, debiera inducirlo a no colocarlos en la lista, ni siquiera al final, sino a eliminarlos de ella.

g) Me animo a creer que si un abogado observa las indicaciones prácticas precedentes, enunciadas en un modo quizás muy general, podrá redactar expresiones de agravios breves y a la vez eficaces. Muchos más eficaces, pienso, que un escrito demasiado repetitivo, desordenado y tedioso, donde todos los argumentos, con independencia de su calidad (muy buenos, buenos, regulares, malos, muy malos, malísimos, absurdos, etcétera) y de su grado de prelación (principal, subsidiario$_1$, subsidiario$_2$, etcétera) han sido arrojados en montón para castigo

de los magistrados que debieran leerlos pero que, con éxito o sin él, sólo procurarán descifrarlos.

Una expresión de agravios de esas características se aproxima mucho al caso paradigmático de cómo *no* fundar un recurso. Mi consejo principal sobre el recurso de apelación, es, por lo tanto éste: hay que alejarse todo lo posible de ese paradigma negativo. Sólo así la expresión de agravios servirá de vehículo adecuado para argumentos de impugnación legibles, claros, concisos, coherentes y persuasivos.

h) Lo expuesto vale, en la medida en que sea así, para el fondo del desarrollo argumental contenido en la expresión de agravios. En cuanto a la forma, esto es, a la presentación externa de los argumentos, relacionada con una mejor legibilidad del escrito, no se me ocurre otra cosa que, tal como lo hice al ocuparme de la revocatoria, dar por reproducidos algunos de los consejos incluidos en *Cómo argumentar un caso,* segunda parte de la monografía citada en las palabras previas. Allí se vierten consideraciones sencillas sobre cómo presentar o dispo-

ner el contenido de un escrito, de modo que su distribución en capítulos, subcapítulos, puntos, etcétera, adecuadamente titulados, más abundante subtitulado, frecuentes resúmenes, unidos a un uso generoso del signo de puntuación conocido como "punto y aparte", diferencien en todo lo posible a una expresión de agravios, formalmente bien armada, de una escritura pública. Se sabe muy bien que el estilo notarial es, entre nosotros, un ejemplo mayúsculo de difícil y tediosa legibilidad; no hay que imitarlo.

i) No creo que pueda decir mucho más de utilidad acerca de cómo fundar una expresión de agravios sin referirme, como no puedo hacerlo, al contenido concreto del conflicto que motiva una determinada litis, a la concreta posición que han asumido actora y demandada, ni a los fundamentos y parte dispositiva del fallo de primera instancia. Sólo conociendo cosas como ésas es posible expedirse con la necesaria claridad y precisión acerca de cómo fundar una expresión de agravios que sea el mejor escrito de impugnación que las circunstancias permitan.

Las generalidades que he expuesto en el presente Capítulo pueden ciertamente parecer vacías pero es imposible darles una mayor concreción o riqueza de contenido si uno ignora todo lo que integra la litis. Este último, muy a mi pesar, ha sido mi punto de partida. Creo, sin embargo, que pese a la inevitable latitud de mis consejos hay en ellos algunas indicaciones útiles.

Con esto concluye el presente Capítulo, dedicado al arquetípico recurso de apelación. En el siguiente examinaremos las dos variedades de un recurso que, a diferencia de aquél, es circunscripto y atípico: el recurso extraordinario para ante la Suprema Corte.

IV.- EL RECURSO EXTRAORDINARIO

A. DOS VARIEDADES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

a) En el Capítulo I resumí qué debe entenderse por la noción tradicional de cuestión federal en el contexto del recurso extraordinario. Lo hice allí para contraponer, de manera sucinta, el amplio recurso de apelación al circunscripto recurso extraordinario. Esa noción tradicional está definida en los tres incisos del artículo 14 de la ley 48. En el citado Capítulo I resumí el contenido de esos tres incisos. No voy a volver a hacerlo aquí. Quien no los recuerde deberá releer la parte pertinente de dicho Capítulo.

b) Hasta que comenzó a desarrollarse la principal extensión pretoriana del remedio, conocida luego como recurso extraordinario

por sentencia arbitraria, los tres incisos acotaban todo el campo del recurso extraordinario. Lo hacían mediante el concepto pivote de cuestión federal, en la tradicional inteligencia que desde un principio venía dándole la Corte Suprema.

La Corte se atenía a una interpretación casi literal de los tres incisos y, en función de ella, a una interpretación restringida de "cuestión federal".

Admitida mucho después la llamada doctrina de la arbitrariedad, el radio de acción del recurso extraordinario quedó ampliado. Este pasó a poder ser fundado en cualquiera de los tres incisos del artículo 14 y, *también*, en la tacha de arbitrariedad del pronunciamiento recurrido. Más adelante indicaré de modo sucinto qué ha llegado a entender la Corte por "arbitrariedad". A parte de entonces pudo hablarse del recurso extraordinario en su alcance actual (que incluye los supuestos de arbitrariedad) como cosa distinta del recurso extraordinario tradicional (que excluye esos supuestos).

Tanto el uso del anterior sentido restringido del recurso como el del nuevo sentido amplio de él persiguen, vale la pena señalarlo, una única finalidad última: preservar la supremacía de la Constitución Nacional y del derecho federal creado de acuerdo con ella.

c) Sin embargo, la doctrina de la arbitrariedad –i.e., la que justifica la admisión del recurso extraordinario sobre la base de que el pronunciamiento impugnado no es una verdadera decisión jurisdiccional, por incurrir en anomalías inexcusables– esa doctrina, repito, puede verse, también y así se la ha visto, como una vía dirigida a asegurar en su integridad, y en todas las fases del litigio, la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18, C.N.). Se puede afirmar entonces que ésta resulta tan conculcada por un pronunciamiento groseramente anómalo como por un trámite anterior a la sentencia que ha sido, en cuanto procedimiento, francamente irregular.

Con ese modo de ver, la tacha de arbitrariedad no resulta autónoma respecto de las tachas de inconstitucionalidad que surgen de

los tres incisos del artículo 14 de la ley 48. El recurso extraordinario en su alcance actual sólo habría hecho explícito –según este otro modo de ver– lo que estaba ya implícito en el recurso extraordinario en su alcance tradicional.

d) Sea como fuere, lo cierto es que el desarrollo del tema "cómo fundar un recurso extraordinario" no exige exposiciones radicalmente distintas para recoger lo que tiene de peculiar el recurso por arbitrariedad frente al recurso extraordinario de la ley 48 interpretado con el alcance tradicional o restringido. Lo único que varía de uno a otro caso es lo referente a la explicitación y fundamento del requisito "cuestión federal", usada esta expresión en forma lata. Si el fundamento central del recurso es la arbitrariedad del fallo recurrido, el desarrollo argumental tiene que apuntar, como meta principal, a la demostración de que aquél merece ser descalificado como acto jurisdiccional porque exhibe uno o más de los vicios que la jurisprudencia de la Corte ha identificado como las que ha dado en llamarse "causales de arbitrariedad". Si, en cambio, el fundamento

del recurso es que se da en la litis una cuestión federal tradicional –una de las situaciones descriptas en algunos de los tres incisos del artículo 14, ley 48– resuelta en forma adversa al recurrente, entonces el desarrollo argumental tiene que centrarse, como cuestión principal, en la demostración de que la litis encierra, precisamente, una o más de las tres variantes del concepto "cuestión federal" –entendido con alcances restringidos– que acota aquella norma legal.

Salvo esa importante diferencia, en todo lo demás el recurso extraordinario debe fundarse de la misma manera, sea que la impugnación de fondo tienda a demostrar la arbitrariedad del fallo recurrido, sea que procure demostrar la violación o desconocimiento, en perjuicio del recurrente, de una norma federal o el desconocimiento de un derecho, privilegio, exención, etcétera, de raíz federal y cuya titularidad aquél invoca.

B. EL RECURSO EXTRAORDINARIO EN SU ALCANCE TRADICIONAL

a) En este subcapítulo me ocuparé de cómo debe fundarse un recurso extraordinario de la variedad del epígrafe, que no incluye la tacha de arbitrariedad. Pero todo cuanto diga aquí –salvo lo referente al concepto tradicional de cuestión federal y sus implicaciones– será también aplicable al recurso por arbitrariedad. Lo que éste tiene de peculiar o específico –la impugnación por arbitrariedad– aparecerá en el subcapítulo D.

b) Se suele decir, y la Corte lo ha repetido infinidad de veces, que el recurso extraordinario, a diferencia de los otros, debe bastarse a sí mismo o ser autosuficiente. Esto significa que con su sola lectura o estudio la Suprema Corte pueda estar en condiciones de apreciar si el recurso es procedente o no. Por ello no debe incluir ninguna clase de remisiones, aunque sea muy sencillo verificar a dónde apuntan ni, en general, apelar a otros métodos de exposición

que, a costa de afectar su autosuficiencia, podrían abreviar su extensión.

De esa exigencia general, que la Corte atenúa sólo en casos excepcionales, por ejemplo los alcanzados por la llamada doctrina de la gravedad institucional, que resumiré más adelante, se sigue que el escrito de exposición del recurso debe ser extenso y detallado, amén de muy claro y preciso en el tratamiento de todos los puntos relevantes. Estos pueden llegar a ser intrincados y complejos.

Permítaseme que en lo que sigue incurra en algo que puede asemejarse a una digresión pero que no lo es. La utilidad y pertinencia de lo que a continuación diré no escapará, sin duda, al buen criterio del lector.

c) El plazo para interponer el recurso, como se sabe, es de diez días hábiles más la extensión por la distancia, contados a partir de la notificación de la sentencia impugnada. Supongamos que el abogado que considera la posibilidad de interponerlo es el mismo que ha atendido el juicio; supongamos que, consciente de que hay en él una cuestión federal que puede

ser resuelta de modo adverso a su parte, la ha introducido de manera oportuna; supongamos, además, que, a medida que avanza el juicio, han progresado también sus reflexiones y estudios acerca de los eventuales fundamentos del recurso extraordinario que, en caso de perder el pleito, deberá interponer. Pues bien, muy probablemente ese abogado estará en buenas condiciones de preparar y fundar el recurso dentro de los diez días. Quizás lo único que le haga falta para sentirse más confiado sea hacer una consulta sobre alguna cuestión difícil de derecho constitucional o federal a un colega especializado en litigar ante la Suprema Corte. Pero no más.

Muy distinto sería el caso si el abogado que ha llevado el pleito en la instancias inferiores fuese menos idóneo y/o previsor y, por ello, no hubiese planteado debidamente la cuestión federal ni estudiado bien, durante el trámite del juicio la mejor manera de impugnar la eventual sentencia adversa de la alzada. Dictada y notificada ésta, este abogado puede sentirse perdido. Supongamos que, al margen de sus limita-

ciones, es un hombre decente. Por ello informa a su patrocinante que, no obstante ese fallo adverso, quedan aún esperanzas pues cabe un recurso ante la Corte, que él no está en condiciones de fundar bien. En virtud de ello le aconseja ver a un especialista de buen nivel. Elegido éste, le piden una entrevista para encomendarle el recurso; ella se concierta.

Vale la pena subrayar que hasta la primera entrevista el experto no tenía la menor idea de la existencia del pleito. Si acepta intervenir en lo que resta de él –el recurso extraordinario y eventualmente el de queja– ¿le bastarán los diez días del Código o, aún peor, lo que queda de ellos? Porque en ese plazo tendrá que hacer todo lo siguiente: 1) leer con cuidado el expediente que, es lo más probable, tiene varios cuerpos; 2) verificar si de esa lectura no resulta ningún obstáculo insalvable para la admisibilidad formal del recurso; 3) seleccionar con detenimiento cuál, de entre las posibles, es la vía de acceso a la Corte que *prima facie* se presenta como la más exitosa y la más sencilla para aspirar con fundamento a un fallo favorable de

aquélla; 4) ver si la hipotética vía de acceso provisional halla firme sustento en las constancias de la causa y la jurisprudencia de la Corte (los recursos extraordinarios, según veremos, se apoyan por lo común en decisiones pasadas del Alto Tribunal); 5) resueltas estas cuestiones de fondo, redactar el borrador del escrito que, por lo que vimos más arriba, tiene que ser extenso, claro y preciso, además de convincente; 6) concluido el borrador, hacérselo ver al abogado que intervino en las instancias inferiores, para asegurarse de que su lectura del expediente –la del especialista, demasiado urgida por la presión del tiempo– no ha prescindido de algún elemento de juicio relevante o incurrido en algún error de otro tipo; 7) en su caso modificar el borrador para recoger las observaciones del colega y, 8) finalmente, entregar el borrador definitivo a su secretaria con tiempo suficiente para que lo pase a máquina antes de que transcurran los fatales diez días.

Creo necesario agregar aquí tres cosas: 1) la situación del especialista que he imaginado

es en la realidad más frecuente que la del otro abogado, el que conoce desde antes el expediente, tiene familiaridad, aunque sea menor, con la técnica del recurso extraordinario y ha pensado con anticipación acerca del eventual remedio ante la Corte que habrá que interponerse si la sentencia de la alzada es adversa; 2) este segundo abogado puede prescindir del especialista y encarar él mismo, con mucho menor apremio, la presentación ante la Corte, y 3) el especialista, jaqueado por la necesidad de hacer un cúmulo de cosas difíciles en un plazo breve, antes de cuyo comienzo se halla en un estado de ignorancia completa acerca del contenido de la litis, dicho especialista, repito, puede y suele verse en figurillas, por eminente que sea, para llevar a cabo, con perspectivas de éxito, lo que se espera de él.

Como es fácil advertir, la situación de uno y otro abogado es mucho más difícil cuando se trata de interponer un recurso por arbitrariedad. En estos casos lo más común es que se dé lo que los expertos llaman una cuestión federal "sorpresiva": la que sólo aparece en la senten-

cia definitiva de la alzada sin que normalmente haya podido ser prevista por el abogado más ducho.

He hecho la salvedad atenuada de que *lo más común* es que la arbitrariedad sea sorpresiva porque *por regla general,* sólo aparece en la sentencia definitiva. Lo he hecho en razón de que no siempre las cosas son necesariamente así. Puede ocurrir, por ejemplo, que ya la sentencia de primera instancia ha sido arbitraria. Puede ocurrir, también por ejemplo, que la pretensión inicial de la contraparte es tal que, en caso de ser acogida, la sentencia que haga lugar a ella será inevitablemente arbitraria. En estos dos casos no hay carácter sorpresivo. En el primero, porque, según la Corte, la confirmación de un fallo de primera instancia, aunque sea arbitrario, es una contingencia siempre posible; en el segundo, porque, también según la Corte, el acogimiento de las pretensiones de las partes es igualmente una eventualidad siempre posible. Por ello, en estos casos puestos como ejemplo, o en otros análogos, la cuestión federal debe plantearse a tiempo. Antes del fallo de

la alzada, en el primero; antes del de primera instancia, en el otro.

Frente a este cuadro general que no es simple ¿qué debe hacer el abogado que, sin ser experto en recurso extraordinario, "husmea", por decirlo así, que la litis encierra una cuestión federal tradicional que eventualmente conducirá, si las cosas se hacen bien, a la intervención de la Corte? Creo que debe hacer una de dos cosas, la que lo incomode menos. O se pone a estudiar seriamente lo esencial del recurso extraordinario para, con base en lo que aprenda: 1) concluir que efectivamente hay una cuestión federal prometedora y 2) en su caso, asumir la responsabilidad de llevar por sí solo las cosas adelantes. O bien y quizás mejor, puesto que como para hacer con eficacia lo indicado en 1) es probable que advierta que no le alcanzará el tiempo, desde que "husmea" la posible cuestión federal, consulta al especialista para que le asegure si una cuestión tal en verdad integra la lista y, en su caso, lo ayude a plantearla correctamente y mantenerla las veces que sea necesario y, por último, para que en su oportunidad lo

patrocine en la interpretación del eventual recurso extraordinario. Esta colaboración de ambos abogados a lo largo de la litis servirá para que los angustiosos diez días de la ley procesal lo sean menos o aun poco y nada.

Una colaboración de ese tipo es, *mutatis mutandi,* ciertamente útil para enfrentar casos de arbitrariedad no sorpresiva. Respecto de los de arbitrariedad genuinamente sorpresiva no se me ocurre ningún método eficaz para aliviar sensiblemente el *stress* del breve plazo dentro del cual debe hacerse todo lo necesario para fundar bien, lo mejor posible, el recurso.

d) Volvamos al punto en que comencé a ocuparme de la situación del abogado que enfrenta el duro trance de interponer un recurso extraordinario. Allí estaba refiriéndome a otras cosas que el lector debe tener en cuenta para entender lo que sigue. El requisito de que el recurso extraordinario sea auto-suficiente lleva a que, como dije, el escrito sea extenso, detallado y claro, así como preciso al tratar todos los puntos relevantes, que como dije, pueden ser y suelen ser intrincados y complejos.

¿Qué debe contener, en líneas generales, ese escrito? De aquí en adelante procuraré ser más conciso que hasta ahora. Ofreceré un esquema del contenido de esa presentación, indicando de manera muy sintética qué debe decirse en cada uno de los apartados que la integran.

1. Relación del expediente.

a) Esta es la parte más aburrida y, en apariencia, menos engorrosa del escrito. Pero hay que hacerla bien. Muchos abogados, por las dudas, resumen en ella casi todo el expediente, aunque tal cosa sea innecesaria porque no hay ninguna razón atendible para embarcarse en un relato minuciosamente inútil. Eso, por supuesto, está mal.

El propósito de este apartado inicial debe ser, en síntesis, permitir que se comprendan mejor las impugnaciones a la sentencia recurrida y mostrar dónde, estrictamente, fueron satisfechos los recaudos del recurso que deben

haberse cumplido –casi todos ellos– antes del escrito de interposición.

b) Hay que decir en qué consiste la litis; qué pretenden actor y demandado, dónde se ha planteado la cuestión federal y dónde, en su caso, se la ha mantenido; qué ha dicho la contraparte acerca de ella, si así ha ocurrido; cuál es el preciso contexto de discrepancias en que la cuestión federal ha surgido, como ámbito más específico que el contenido general de la litis, para que la Corte pueda apreciar cómo y por qué nació; en qué términos exactos fue planteada; *idem*, en su caso, mantenida; si está relacionada con cuestiones de hecho o las supone, cuál ha sido el resultado de la prueba ofrecida para acreditarlas; qué decidió la sentencia de primera instancia acerca de la admisión o rechazo de la cuestión federal; cuál fue la decisión del juez respecto de las cuestiones de hecho ligadas con aquélla o que ella presupone; si la sentencia de primera instancia ha sido favorable al recurrente por haber resuelto en igual sentido la cuestión federal, cómo fundó su acogimiento y qué sostuvo la

contraria, al expresar agravios, para impugnar ese aspecto del fallo; si, en cambio, dicha sentencia ha sido adversa al recurrente por haberlo sido el pronunciamiento sobre la cuestión federal, qué fundamento dio el juez para esto último y qué razones adujo el recurrente, en su expresión de agravios, para impugnar el rechazo de la última. Por último y ya que, por hipótesis, la cuestión federal no ha sido admitida en la alzada, qué argumentos dio la cámara para rechazarla o declararla irrelevante (si no ha habido ningún pronunciamiento a ese respecto, explicar por qué el recurrente considera que ha mediado una desestimación tácita de esa cuestión, y no una lisa y llana omisión de pronunciamiento a ese respecto, atribuible a inadvertencia).

En líneas generales ésta es la nómina de temas que debe contener el apartado inicial. Quizás se me ha olvidado algo, pero no he pretendido ser exhaustivo sino, más bien, generosamente ejemplificativo.

c) Para que este apartado inicial sea menos aburrido y más claro que la fastidiosa lista

que el lector acaba de tolerar, creo conveniente dar un consejo final relativo al contenido de dicho apartado. Es éste: dividirlo en breves subapartados titulados más o menos así: 1.1. La demanda; 1.2. La contestación; 1.3. Resultado de la prueba producida en cuanto es relevante para la decisión del recurso extraordinario; 1.4. Los alegatos; 1.5. La sentencia de primera instancia; 1.6. La expresión de agravios; 1.7. La contestación a la expresión de agravios; y 1.8. La sentencia de la alzada.

d) No hay que olvidar que, distribuidas entre esos puntos que mencionan elementos procesales, deben tratarse las cuestiones de relevancia federal discriminadas más arriba. Bajo cada uno de los subtítulos precedentes se deberá incluir una referencia sucinta al contenido de las actuaciones mencionadas en ellos, aunque sólo en la medida en que graviten para hacer comprensible el recurso y contribuir a su mejor fundamentación.

2. La cuestión federal.

Este es el apartado central del recurso. Conviene dividirlo en tres sub-apartados. A continuación ofreceré una apretada síntesis de lo que conviene decir en cada uno de ellos.

2.1. Descripción precisa de la cuestión federal.

a) Poco más arriba, al ocuparme del apartado 1, aconsejé indicar en qué concreto lugar del expediente y en qué términos precisos la cuestión federal fue planteada y, en su caso, mantenida. También aconsejé señalar en qué específico contexto de discrepancias entre las partes surgió.

Pues bien, este sub-apartado 2.1. debe consistir en un desarrollo prolijo de esa familia de temas, con miras a que la Corte no tenga dudas sobre el elemento central del recurso.

b) De más está decir que el recurrente debe ser lo más claro posible para persuadir al Alto Tribunal de que lo que él llama "la cues-

tión federal" *es* efectivamente una cuestión federal en los términos del artículo 14 de la ley 48, según la interpretación más que secular en que la Corte ha hecho explícitos los breves contenidos de los tres incisos de esa norma. En su labor persuasiva el recurrente debe tener muy en cuenta, para rebatirlos con eficacia, los argumentos en contrario que, sobre este tema fundamental, pueda haber desarrollado su oponente.

c) Para todo esto es oportuno subrayar aquí la enorme importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte cuando se trata de fundar una petición ante ella, sobre todo un recurso extraordinario. Esto vale para el recurso en general; lo recuerdo en particular aquí, pues me estoy refiriendo a la médula del mismo.

La jurisprudencia de la Corte, excluida la Constitución, es la fuente principal en que el Alto Tribunal funda sus decisiones. La salvedad relativa a la Constitución no tiene en verdad demasiado peso. En los casi ciento treinta años transcurridos desde la sanción de la Ley Fundamental, prácticamente todas las cláusulas de

ella con virtualidad para suscitar litigios relativos a su alcance o sentido han quedado recubiertas, por decirlo así, por sucesivas capas de interpretaciones de la Corte, la que ha ido restringiendo o ampliando los concisos textos originales. De tal suerte, ya no son éstos los que en realidad se aplican al decidir esos litigios sino los que resultan de la jurisprudencia vigente de la Suprema Corte que determina con palabra final el sentido "verdadero" de aquéllos. Lo hace en función de las necesidades y de los problemas del presente en el vasto dominio cubierto por la Constitución.

La Corte define y redefine ese dominio, de manera incesante, y lo adecua a la realidad de hoy previendo la de mañana. Por ello es sensato hablar, como lo ha hecho más de un constitucionalista inteligente, de una "interpretación dinámica" de la Constitución, como aquella que no se ciñe literalmente a la intención histórica de los autores de ella. El motor principalísimo de tal tipo de interpretación es la jurisprudencia de la Suprema Corte. Son fenómenos como esos, propios de la vida del Derecho Constitu-

cional, los que en buena medida justifican adaptar el *dictum*, aparentemente exagerado, de un gran jurista norteamericano, y afirmar con él que "vivimos bajo una Constitución, pero ella dice lo que la Suprema Corte dice que dice".

Hoy sería un acto de ingenuidad máxima de parte de un abogado, novel o no, pretender fundar un recurso extraordinario apoyándose únicamente en una lectura detenida de los textos de los artículos 14 y 15 de la ley 48 y de las disposiciones constitucionales relevantes. Si estudiara eso y se limitase a enriquecer tal estudio con la compulsa detenida de nuestros constitucionalistas clásicos, pero no se asomara a la jurisprudencia de la Corte aplicable al caso, es muy probable que al ser notificado del fallo final se llevase una sorpresa mayúscula.

A diferencia de lo que ocurría hace medio siglo, hoy ya no se puede litigar en el ámbito de ninguna rama del derecho sin estar al tanto de la jurisprudencia vigente en él. Más concretamente, de la que prevalece en el área jurídica

específica del litigio de que se trata. Si eso es verdad en general, lo es de manera preeminente en el campo del Derecho Constitucional, donde gravitan con alcances decisivos los criterios de la Corte Suprema.

Varias razones explican el fenómeno: la Constitución Nacional es el texto de derecho positivo más antiguo de nuestro país y es obvio que no hubiera podido sobrevivir, como lo ha hecho con escasas reformas, durante casi ciento treinta años, lapso a lo largo del cual la Argentina ha experimentado enormes modificaciones. No hubiera podido sobrevivir si, por encima de ese texto, no hubiese actuado un órgano jurisdiccional supremo consagrado a su interpretación dinámica; por otro lado, nuestra Corte adoptó desde un comienzo, como criterio de decisión, la jurisprudencia de la Suprema Corte en los Estados Unidos, que llevaba ya más de setenta años de interpretación igualmente dinámica de la Constitución de ese país, que también había experimentado y experimentaba cambios extraordinarios; además, nuestra Corte estableció desde el principio que su pro-

pia jurisprudencia en materia federal y, por ende, de viabilidad del recurso extraordinario, proporciona los criterios supremos para decidir acerca de la admisión o rechazo de ese remedio en los múltiples casos que exigen su pronunciamiento. La jurisprudencia de la Corte ha continuado siendo hasta hoy la voz que allí pronuncia la última palabra.

d) Por todo esto, para afirmar que en los autos hay una cuestión federal y para describir en qué consiste, así como para sostener de qué manera y con qué fundamentos debe ser resuelta, es menester apoyarse en la jurisprudencia de la Corte. Más concretamente, en las decisiones dictadas por ésta en casos análogos al que uno tiene por delante.

2.2. Incidencia de la decisión de la cuestión federal en el resultado de la litis. (Relación directa).

a) En este sub-apartado hay que demostrar que la decisión de la cuestión federal gravitará sobre el resultado de la litis que, hasta ese

momento, ha sido resuelta en forma adversa al recurrente. Con otras palabras, que la cuestión federal no es abstracta, una pura elucubración jurídica teórica desprovista de implicancias prácticas, sino un genuino problema real y concreto, cuya solución en sentido *a* o *b* producirá los resultados *A* o *B*, uno de los cuales conlleva que el litigante que la planteó puede ganar el pleito y el otro que lo perderá. Este requisito es conocido también bajo el nombre de "relación directa".

b) La demostración de ese punto, el de la relevancia de la cuestión federal para la suerte de la litis, no suele requerir mayor soporte en la jurisprudencia de la Corte, aunque la posibilidad de que las cosas no sean así no debe necesariamente excluirse.

En la mayoría de los casos, sin embargo, bastará con un razonamiento sencillo que demuestre que la decisión de la cuestión federal en un determinado sentido, el que favorece la pretensión formulada a su respecto por el recurrente, es condición *necesaria* para que la sentencia sobre el fondo de la litis sea también

favorable a esa misma parte y, de manera complementaria, que la decisión de la cuestión federal en sentido opuesto a dicha pretensión del recurrente, es condición *suficiente* para que el pronunciamiento sobre el fondo del litigio le sea adverso.

Esta demostración no es por lo común difícil, a menos, claro está, que el planteamiento de la cuestión federal haya sido una articulación artificiosa o frívola. Es decir, que nada tenga que ver con la médula de lo que se debate en el pleito. En tal caso, la demostración no es simplemente difícil, es imposible.

c) Si la cuestión federal no ha sido introducida por la parte interesada en su oportunidad, que suele ser la del escrito de demanda o de contestación, este sub-apartado tiene que ocuparse de la pretensión adversa de la contraria, que ha sostenido, si ése es el caso, que tal cuestión sea cual fuere el sentido en que se la resuelva, es irrelevante porque carece de una conexión mínima con el fondo de la litis. Para mejorar sus respectivas posiciones *vis à vis* este aspecto del litigio, las partes pueden hallar pro-

vechoso, si no indispensable, apoyarse en fallos de la Corte relacionados con él.

d) Ya sobre el final de este sub-apartado del esquema, prevengo al lector de que el siguiente contiene consideraciones y desarrollos que también tienen relevancia para el contenido del presente. Por lo tanto, al ocuparme de lo referente al tema de la incidencia de la solución de la cuestión federal en la suerte de la causa, el lector debe tener en cuenta lo que digo en ambos sub-apartados.

2.3. Argumentos críticos contra la decisión adversa acerca de la cuestión federal.

a) Nos queda por ver el tercer sub-apartado, referente al tema del epígrafe. Comprensiblemente puede llegar a ser el más importante de los tres. Apunta a refutar una parte central, del fallo recurrido que, suponemos que tal ha sido el caso, para rechazar la petición del recurrente ha desestimado la cuestión federal, ya por entender que ella no existe en la litis; ya por considerar que, aunque existe, su decisión

no gravita en la del fondo de ella; ya, por último, por sostener que, aunque exista, y su decisión es relevante, nada de eso sustenta la posición del recurrente. No la sustenta porque dicha cuestión federal, existente y dotada de gravitación, debe resolverse a favor de la posición de la otra parte, no de la de quien la planteó.

b) Antes de seguir adelante debo de aclarar algo. Quizás debí de haberme ocupado de eso antes, al comienzo del apartado y no aquí, próximo a su final. Se trata de lo que sigue.

Todo cuanto llevo dicho en él acerca del tema "cuestión federal" presupone el contexto de un recurso extraordinario que, entre otras cosas, se funda en que la sentencia del tribunal *a quo* no ha hecho lugar a una cuestión federal. Esta ha sido oportunamente planteada por el recurrente en apoyo de sus pretensiones sobre el fondo del asunto y el tribunal, rechazando aquella cuestión, ha rechazado también esas pretensiones.

No es incorrecto haber razonado con base en esa presuposición porque ella apunta a la admisibilidad formal de un recurso extraordina-

rio y yo quiero ocuparme –creo que no podría ser de otro modo– de cómo fundar recursos extraordinarios formalmente admisibles o procedentes. Pero un recurso, aunque sea admisible o procedente, puede ser rechazado por la Corte por razones de fondo. Tal es lo que ocurre si el tribunal no comparte la argumentación federal de fondo hecha por el recurrente porque éste no ha conseguido persuadirlo. Sobre eso no diré nada aquí ni quizás podría hacerlo, salvo advertir que tal situación puede darse. Esta monografía no se titula "Cómo *ganar* un recurso", sino, con menos soberbia y más sensatez, "Cómo *fundar* un recurso" (jamás me atrevería a publicar un trabajo que llevase el primer título). Creo, además, que un abogado cualquiera que seriamente se sintiese realmente en condiciones de publicar un ensayo con el primero de los dos títulos –es decir, el que yo no me atrevo a escribir, menos a publicar– y pudiera hacerlo con el grado de acierto que el título elegido promete, un ensayo, esto es, que consistiera en enunciados verdaderos y consejos generales casi siempre infalibles acerca de

cómo ganar recursos, ese abogado, repito, difícilmente invertiría su tiempo en escribir el ensayo pedagógico que difundiría su *know how* sobre recursos entre los colegas que son o serán sus competidores. Es más probable que, en lugar de ello, empleara profesionalmente su *know how* en la gratificante tarea de ganar recursos.

c) Aclarado lo que antecede, considero necesario agregar que puede ser el caso de que un tribunal de alzada no desestime por razones de derecho una cuestión federal, y si la rechace por consideraciones ajenas al intrínseco contenido de ella desestimando, a la vez, las pretensiones de fondo de quien la planteó.

Puede darse el caso, además, de que, en tal situación, todo cuanto diga el recurrente en su recurso extraordinario a propósito del rechazo de la cuestión federal sea irrelevante para una adecuada fundamentación del recurso. En tal supuesto, éste sería correctamente denegado en la alzada y la queja ante la Corte bien desestimada.

No se me escapa que puede objetarse que la situación hipotética en que me coloco debió

haber sido considerada, con la extensión que aquí recibe, no en el presente sub-apartado sino en el anterior, donde traté lo referente a la incidencia que la decisión de la cuestión federal debe tener sobre la del fondo de la litis. Aunque por el ejemplo que enseguida voy a poner parezca que el problema planteado en él se vincula más con la incidencia de la cuestión federal (sub-apartado 2.2.) que con el fundamento de la impugnación a la forma como ha sido resuelta (sub-apartado 2.3.), entiendo que ese problema cabalga a horcajadas de ambos sub-apartados, aunque más no sea que porque el éxito de tal impugnación no sólo depende del eficaz despliegue de una panoplia de argumentos de Derecho Constitucional. Puede depender, también, de la estructura de la litis, de cómo han quedado acreditadas en ella cuestiones de hecho no independientes de una decisión favorable al fondo de la cuestión federal introducida por el recurrente. Por convincente que sea aquel despliegue, la impugnación jurídica consistente en él fracasará de modo rotundo si se ha convertido en un vacuo ejerci-

cio argumental sobre una cuestión federal que se ha vuelto abstracta. En un enérgico pedaleo en el aire.

En suma, por lo tanto, no me parece mal incluir estos desarrollos en el presente sub-apartado, a cuyo contenido no son ajenos, aunque quepa sostener –como mi posible crítico– que estarían alojados con más comodidad en el sub-apartado 2.

d) Ahora viene el anunciado ejemplo, dirigido a que se vea con más claridad qué es lo que quiero decir aquí. Ante un tribunal provincial, *A* habitante de esa provincia promueve demanda por repetición de impuestos contra *B*, la provincia. *A* dice haber pagado un impuesto local bajo protesta porque, sostiene, ese tributo lesiona derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional. Pide que se declare la inconstitucionalidad de la ley que estableció el impuesto y, en consecuencia, que se le restituya lo pagado. En el escrito de responde, *B* sostiene que: 1) el impuesto local es constitucionalmente válido, como lo ha declarado reiteradamente el Superior Tribunal local, y 2) no le

consta que *A* lo haya pagado, bajo protesta o sin ella, en ocasión alguna.

Abierta la causa a prueba, *A* no acredita de manera suficiente el pago del impuesto. En el alegado *A* guarda silencio sobre esa cuestión de hecho e insiste, con acopio de jurisprudencia y doctrina, en la invalidez del tributo. *B* se centra en la cuestión de hecho –*A* no probó aquél extremo– y, subsidiariamente, reitera que nada hay en el impuesto que lesione derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. El fallo de primera instancia rechaza la demanda: no está probado el pago y la cuestión federal es por lo tanto abstracta.

En su expresión de agravios *A* la mantiene y se esfuerza en demostrar que el pago está probado. En la alzada se confirma el fallo del inferior por las mismas razones que lo sustentan.

A interpone recurso extraordinario. Redobla sus esfuerzos para demostrar el hecho del pago e insiste en los argumentos de orden constitucional. El recurso extraordinario es denegado, con base en que la cuestión federal, ini-

cialmente bien planteada y relevante, ha devenido abstracta por no haberse probado el pago. La queja ante la Suprema Corte corre, en definitiva, la misma suerte.

La litis ha quedado a la postre bien decidida y ello como consecuencia exclusiva de la actitud procesal de *A*. Esa actitud procesal ha impedido que lo relativo a la alegada inconstitucionalidad del tributo –la cuestión federal– haya llegado a integrar realmente la litis. Esta, por lo tanto, ha quedado limitada en su curso a una cuestión de hecho: la del pago o falta de pago de aquél. Aunque existente y teóricamente relevante en el inicio, y correctamente introducida en la demanda o, en su caso, durante el trámite de las actuaciones, ha devenido, como dije, una cuestión abstracta.

La moraleja de lo expuesto es la siguiente: Para poder argumentar en el recurso extraordinario que la cuestión federal, además de existente, conceptual o teóricamente relevante y oportunamente bien planteada, tiene que poseer incidencia *real* en el resultado de la litis al momento de su decisión. Para ello deben estar

probados los hechos que, en su caso, debieron acreditarse durante el juicio a fin de que el agravio federal tuviese la necesaria inserción en la realidad. Si al momento de la sentencia de la alzada no la tiene, la Corte no se pronunciará al respecto y tendrá razón.

e) Con las consideraciones que anteceden doy por terminado el apartado "La cuestión federal" y sus tres subapartados. No veo manera de continuar explayándome acerca de él sin enfrentar el análisis de cómo desarrollar una argumentación eficaz, válida, en el contexto específico de los distintos tipos concretos de cuestiones federales que pueden plantearse como especificaciones de los tres incisos del artículo 14, ley 48. Además, si me lanzara a esa tarea el presente trabajo adquiriría una extensión mucho mayor que la que he tenido en vista al reflexionar acerca de su contenido y ponerme a escribirlo. Más importante aún, no me siento capaz de encarar seriamente tamaña empresa que, más que de ejecución larga y detallada, es de ejecución imposible. No se puede, creo, aconsejar en abstracto cómo argumentar frente

a un sinfín de tipos hipotéticos de casos. Prefiero que la exposición peque de generalidad excesiva a que constituya un intento necesariamente fallido de organizar el caos. Estaría llena de hipótesis y sub-hipótesis, de análisis cada vez más finos y descarnados, y posiblemente significaría muy poco. No quiero, en suma, que mis indicaciones prácticas cobren el aspecto que, según Shakespeare, tienen los relatos de ciertas personas no muy sensatas.

Para llevar a cabo con éxito esa empresa tendría que haber sido dotado de una imaginación que no tengo y haber adquirido conocimientos que no poseo. Si tuviera esos dones quizás podría escribir un libro que, con ese contenido y siempre que me saliera bien, pudiera titularse *Como ganar un recurso extraordinario.* Quizás no lo escribiría, por razones semejantes a las que tendría el abogado imaginario del que hablé más arriba para abstenerse de cumplir una tarea semejante.

3. Sentencia definitiva.

a) En este apartado se debe demostrar siempre que ello haga falta –si no, basta con afirmarlo– que el fallo impugnado es una sentencia definitiva. Es decir, para emplear palabras de la Corte, un pronunciamiento que pone fin al litigio e impide su continuación.

También puede tratarse, según la jurisprudencia del Alto Tribunal, de una sentencia que, sin ser definitiva, sea equiparable a tal. (Por ejemplo, la que ofrece *la* oportunidad en que debe decidirse una determinada cuestión federal; la que causa un daño de insusceptible reparación ulterior o, en general, un pronunciamiento que, por reunir otras características, integra la familia de decisiones que la jurisprudencia de la Corte ha equiparado a sentencias definitivas a los fines del recurso extraordinario, aunque no sean tales según los códigos de procedimientos).

b) De lo expuesto se sigue que si la sentencia no es claramente definitiva, el recurrente tendrá que examinar con cuidado los fallos de

la Corte con miras a hallar algún precedente apropiado. Esto es, que le permita afirmar seriamente que si bien la sentencia no es definitiva *stricto sensu* es equiparable a tal. Si la cuestión es objetivamente dudosa, es probable que encuentre ese precedente; si, siendo dudosa, no lo encuentra, es posible que sea porque no ha buscado bien.

4. Superior tribunal de la causa.

a) A primera vista este apartado puede parecer poco serio. Quien desee persuadirse rápidamente de lo contrario alcanzará ese objetivo examinando, pido excusas por la insistencia, los numerosos y no siempre congruentes fallos de la Corte que han examinado y resuelto un problema engorroso: determinar cuál debe considerarse el Tribunal Superior de la causa en aquellos casos en que la decisión de un tribunal de alzada local ha sido impugnada, en ese ámbito, mediante un recurso extraordinario también local resuelto en contra del impugnante.

b) La jurisprudencia de la Corte no sólo se ha mostrado vacilante a ese respecto. También registra numerosos votos disidentes, algunos de los cuales parecen ser buenos candidatos para transformarse, tarde o temprano, en la expresión de la voluntad de la mayoría de los miembros del cuerpo.

5. Decisión adversa.

Esto tiene el aire de una exigencia de nuestro sensato colega el doctor Perogrullo. Porque parece inexcusable preguntar: ¿Quién va a tomarse el trabajo de recurrir ante la Corte, mediante un escrito extenso y complejo, una sentencia que no lo afecta? Sin embargo, la exigencia tiene razón de ser. Me remito una vez más a los fallos de la Corte relativos a ese requisito, fallos que, ruego al lector que me crea, hay que tomar en cuenta. El escrito debe necesariamente incluir la afirmación de que la decisión impugnada ha sido adversa al recurrente y, en su caso, la demostración de que ello es así.

6. Otros requisitos formales.

6.1. Planteamiento oportuno de la cuestión federal.

Al redactar esta parte del escrito debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a) Suele decirse que la cuestión federal ha sido oportunamente planteada si se lo ha hecho de modo de permitir que el superior tribunal de la causa se haya pronunciado acerca de ella.

b) La excepción más importante a la regla se da, como vimos, cuando esa cuestión, ausente hasta el momento de la sentencia definitiva, aparece por primera vez en ella.

c) Ya he dicho que si la cuestión federal ha aparecido en la sentencia de primera instancia, el planteamiento debe de haber de sido hecho al expresar o al contestar agravios. Si aparece en la de la alzada, a más tardar al interponer el recurso extraordinario.

En este apartado del recurso hay que señalar, si ese es el caso, que en los autos se da

alguna de esas circunstancias y, por supuesto, precisar cuál es.

d) Aquí un consejo práctico de carácter general, no referido únicamente a la redacción del recurso extraordinario sino aplicable a cualquier estado de las actuaciones vinculado con dicho recurso: en cuanto un abogado crea advertir que en el juicio hay una cuestión federal y desee llegar a la Corte sin zozobras, debe plantear entonces la cuestión federal. El desideratum: plantearla en uno de los escritos iniciales siempre que, por supuesto, el planteo sea serio y no montado en el aire o, como solemos decir los abogados, hecho "a todo evento".

6.2. Mantenimiento de la cuestión federal.

La cuestión federal que ha sido introducida de manera oportuna, deberá mantenerse todas las veces en que un silencio sobre el particular pueda razonablemente ser interpretado como abandono del planteo inicial. Para evitar malos entendidos, en el escrito de interposición

debe indicarse de manera precisa dónde fue mantenida.

6.3. Suficiente fundamentación del recurso.

Al comienzo de este esquema señalé que para ser formalmente admisible un recurso extraordinario debe ser extenso y preciso porque, según la Corte, debe bastarse a sí mismo o ser autosuficiente. Los apartados de este esquema tienden a mostrar qué temas hay que abordar para cumplir esa exigencia. En este sub-apartado final hay que afirmar y demostrar, esto último en caso de ser necesario, que ese recaudo formal ha sido satisfecho. Aquí el recurso tiene que ser auto-referente.

C. SOBRE UNA Y OTRA VARIEDAD

a) Lo que antecede es un esquema del contenido básico de un recurso extraordinario en el alcance tradicional del remedio, el que tenía antes de aparecer en escena la importante

variedad del recurso extraordinario por sentencia arbitraria.

El esquema, con todo, es casi el mismo en uno y otro caso, salvo una diferencia muy importante. Es ésta: el apartado que en aquél se titula "La cuestión federal", ya sea bajo ese mismo rótulo o bajo el más específico –y quizás preferible– "La cuestión federal: arbitrariedad de la sentencia impugnada", debe concentrarse ahora en demostrar que ésta es efectivamente arbitraria.

Si la demostración es exitosa, ello influirá en el contenido del escrito de otras maneras complementarias.

b) La primera es que en ese supuesto será mucho más sencillo, se hará casi obvio, demostrar la *incidencia de la arbitrariedad sobre* el fondo de la litis, ya que, acreditada ella, quedará probado *eo ipso* que lo que se presenta como acto *jurisdiccional* no es en realidad tal cosa: los vicios o anomalías que lo afectan fuerzan a descalificarlo en ese carácter. Por ello el sub-apartado 2.2. del esquema precedente queda subsumido en el 2.1.

c) La segunda es que, en ese supuesto, no hará falta desarrollar por separado una argumentación dirigida a acreditar, como cosa independiente, que algo que no tiene de acto jurisdiccional más que el nombre debe ser dejado sin efecto. También el sub-apartado 2.3. queda subsumido en el 2.1.

d) Vale la pena decir algo más sobre estos dos aspectos complementarios de la existencia de arbitrariedad. Ya vimos que en el campo del recurso extraordinario en su alcance tradicional puede muy bien darse el caso de que el recurrente pruebe y la Corte reconozca que hay en los autos una cuestión federal relevante, oportunamente planteada y mantenida y que, no obstante eso, el Alto Tribunal, sin incurrir en contradicción, la resuelva en contra del recurrente y a favor de su contraparte, por considerar que el primero no tiene razón sobre el intrínseco mérito de aquélla.

En el campo del recurso por arbitrariedad no puede ocurrir lo mismo. Si el recurrente demuestra que el fallo impugnado adolece de alguna anomalía subsumible bajo aquella no-

ción general, esa demostración sella la suerte de la decisión de la Corte. A diferencia de lo que puede suceder en el área del recurso extraordinario tradicional (se admite que hay cuestión federal relevante pero, como se la juzga bien resuelta, el recurso se rechaza), en el dominio de la doctrina de la arbitrariedad no es *prima facie* comprensible que la Corte ponga fin a la litis diciendo algo así como esto: el tribunal considera que la sentencia es arbitraria pero por la razón *x* o *y* resuelve confirmarla (o desestima el recurso que la impugna).

e) Tanto en el esquema del recurso tradicional como en el del recurso por arbitrariedad, la admisibilidad del remedio supone que se han satisfecho los requisitos de fondo y de forma que condicionan la admisibilidad del recurso. El requisito de fondo por excelencia, ya lo vimos, es el de cuestión federal o, en su caso, su equivalente o especie, el de arbitrariedad. En comparación con él casi todos los otros son de forma (salvo, por supuesto, los de decisión adversa y de Superior Tribunal de la causa).

f) A propósito de los requisitos de forma me queda por tocar un tema importante que se relaciona con la admisibilidad del recurso y se aplica tanto al tradicional como al de arbitrariedad. Por eso lo incluyo en este sub-capítulo intermedio.

Hasta comienzos de la década de los años 60 la Corte fue muy estricta en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales del recurso. Si alguno no había sido satisfecho, el recurso era improcedente, por muy clara que fuese la cuestión federal en sentido restringido y por manifiesto que resultara que, siendo relevante para la decisión del fondo de la litis, había sido mal resuelta en perjuicio del recurrente. Lo mismo, *mutatis mutandi,* se aplicaba a los casos de arbitrariedad.

A comienzo de los años 60 las cosas cambiaron. Al resolver el caso *Jorge Antonio,* en el que se había interpuesto y denegado un recurso extraordinario contra una resolución claramente interlocutoria, la Corte no atendió a esta circunstancia e hizo lugar al recurso con fundamentos que luego dieron origen a interpre-

taciones diversas. Seguidamente me referiré a ellos de manera breve, subrayando la inteligencia de los mismos que ha resultado ser más perdurable. Si omito relatar en detalle los hechos del caso es porque no considero necesario hacer ese relato. Pese a esto, diré unas pocas palabras sobre los hechos.

Al resolver *Jorge Antonio* –en 1960–, la Corte ratificó el principio general de que el recurso extraordinario sólo procede contra sentencias definitivas, pero sostuvo, por primera vez en su historia, que el principio reconoce excepciones en los casos que llamó de "gravedad institucional". Cuando haya de por medio una situación así caracterizable, dijo la Corte, el tribunal puede prescindir de los óbices formales que normalmente condicionan la procedencia del recurso. De ese modo se evita que una estricta observancia de esos recaudos de forma obste a la tutela de derechos de raíz constitucional que manifiestamente deben ser protegidos por la Suprema Corte. Esto no es una cita textual pero se le aproxima.

En *Jorge Antonio* la Corte consideró que había gravedad institucional por lo siguiente. Derrocado en septiembre de 1955 el gobierno de Perón, entre otros motivos porque se atribuía a sus autoridades máximas, funcionarios y allegados, actos de corrupción administrativa y de enriquecimiento ilícito, el nuevo gobierno creó un organismo *ad hoc* al que encomendó recuperar para el Estado los bienes mal habidos. Uno de los allegados a Perón más conspicuo y adinerado era el financista y hombre de negocios Jorge Antonio. El método diseñado para la recuperación de esos bienes incluía: 1) la publicación de una lista de los sospechados de corrupción y enriquecimiento (los "interdictos"); 2) el inmediato traspaso provisional al Estado de los bienes adquiridos por aquéllos después de cierta fecha; y 3) el establecimiento de la presunción legal de que tales bienes habían sido mal habidos, salvo prueba en contrario a ofrecer y producir por los interdictos en un procedimiento que remataba en la decisión de un órgano jurisdiccional de alzada sin perjuicio, claro está, de la interven-

ción final de la Suprema Corte cuando fuese procedente.

Jorge Antonio intentó producir la prueba en contrario. En la fase judicial del trámite el tribunal interviniente dictó una resolución interlocutoria haciendo lugar a una petición de los abogados de aquél, ajena al fondo del asunto.

El organismo gubernamental *ad hoc* interpuso recurso extraordinario. La Corte declaró que el contexto general de lucha contra la corrupción administrativa y el enriquecimiento ilícito dentro del cual se había dictado la resolución recurrida, contexto general caracterizado por una amplia actividad oficial dirigida a recuperar para el Estado bienes presumiblemente mal habidos, llevaba a afirmar que el caso revestía una gravedad institucional tal, que autorizaba a no tomar en cuenta la no satisfacción de requisitos formales del recurso (en el caso, el de sentencia definitiva).

Aunque la redacción de *Jorge Antonio* no elimina dudas sobre los alcances del uso de la noción de gravedad institucional (¿qué requisi-

tos del recurso extraordinario pueden obviarse si esa noción es aplicable al caso?) los fallos posteriores en que se aplicó esa noción durante los quince años siguientes, permitieron sostener que su campo de aplicación sólo abarcaba los requisitos formales del recurso.

En marzo de 1976 cambió la integración de la Corte. No mucho después de ello ésta introdujo una variante fundamental en ese campo de aplicación. Dio claramente a entender en varias decisiones que, si en un caso había gravedad institucional también era prescindible el requisito de fondo de cuestión federal (o el de arbitrariedad), con lo que el radio de acción del recurso extraordinario quedó considerablemente expandido. De haber prosperado ese nuevo criterio –cuya vigencia no se prolongó después de fines de 1983– tanto la existencia de cuestión federal (o arbitrariedad) como la de gravedad institucional se hubieran convertido en dos vías independientes de acceso a la Corte. La autonomía de la noción de gravedad institucional como vía de acceso a la Corte no es compatible con la Constitución Nacional. El

requisito de cuestión federal como condición necesaria para que la Corte, en ejercicio de su jurisdicción extraordinaria, acoja un recurso extraordinario, surge de aquélla. Con la integración que tuvo a partir de fines de 1983 el Alto Tribunal no siguió el criterio amplio (y erróneo) que acabo de mencionar y volvió a la anterior inteligencia limitada de *Jorge Antonio* y su progenie de casos.

D. EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR SENTENCIA ARBITRARIA

a) Pese a que el tema del epígrafe no es nada sencillo, la confección del inventario de los consejos prácticos relativos a él, que aquí ofreceré, me llevará un tiempo más breve del que podría suponerse. Ello se debe a razones de diverso tipo.

b) En primer lugar, recordemos que en el subcapítulo B, al ocuparme de lo que llamé "el recurso extraordinario en su alcance tradicional" ofrecí y glosé en forma escueta un

esquema general de lo que debe contener un recurso extraordinario para ser formalmente admisible.

Casi todos los apartados de ese esquema valen para el recurso por arbitrariedad. Es decir: quien se apreste a deducirlo debe tener en cuenta ese esquema en su integridad o, mejor dicho, casi en su integridad.

La principal diferencia, como ya lo anticipé en el subcapítulo C, después de haber presentado y glosado el esquema, es ésta: el apartado 2 de éste, llamado allí "la cuestión federal" y dividido en tres partes (2.1. "Descripción detallada de la cuestión federal"; 2.2. "Incidencia de la decisión de la cuestión federal sobre la del fondo de la litis", y 2.3. "Impugnación de la decisión adversa a la cuestión federal") debe sustituirse, si el recurso se funda en la alegada arbitrariedad del fallo recurrido, por un apartado, subdividido o no, que bien puede llamarse: "La cuestión federal: arbitrariedad de la sentencia impugnada".

El contenido del apartado debe cambiar; lo del título es secundario. Incluso puede de-

jarse "la cuestión federal" siempre que quede bien claro que bajo esa denominación se hablará sólo de la arbitrariedad.

Hacia el final del subcapítulo C expliqué porqué el apartado central del esquema válido para el recurso por arbitrariedad no requiere ser subdividido en la misma forma que el apartado "La cuestión federal" del esquema concebido con el pensamiento puesto en el recurso tradicional. Me remito a lo expuesto.

c) Hay otro punto respecto del cual el recurso por arbitrariedad puede necesitar un desarrollo diferente: el del planteamiento oportuno. Me doy cuenta de que me estoy poniento reiterativo pero prefiero pecar por exceso antes que por defecto.

Si la arbitrariedad es sorpresiva porque sólo apareció en la sentencia definitiva, basta con hacerlo notar en el recurso, explicando allí que ésa ha sido la razón de que no se hubiera hecho reserva al respecto y de que la tacha de arbitrariedad se formule por primera vez en el recurso.

En cambio, si el fallo de primera instancia era ya arbitrario y la alzada lo confirmó por sus fundamentos, el recurrente debió de haber formulado la tacha al impugnar el primer fallo. Si no lo hizo, el recurso no será admisible, por clara que haya sido la arbitrariedad de esos dos fallos (salvo, naturalmente, que medie gravedad institucional).

Puede darse una tercera situación tipo, susceptible de asumir formas diversas. Cualquiera de ellas puede tener como efecto que la arbitrariedad de la sentencia definitiva sea fundadamente previsible. Imaginemos, por ejemplo, que la sentencia de primera instancia ha sido favorable al litigante *A* y que su contrario, *D*, expresa agravios, desarrollando argumentos orientados a que la alzada revoque y que esos argumentos configuran la pretensión de que el fallo de segunda instancia tenga un contenido tal que lo vuelva arbitrario. En ese supuesto, *A*, al contestar los agravios, debe argumentar y demostrar que si la alzada falla como lo pretende *D* su decisión será arbitraria en el sentido técnico dado por la Corte a esa palabra, ra-

zón por la cual *A* debe anunciar que, en tal eventualidad, interpondrá el recurso extraordinario.

O bien, supongamos que en el escrito inicial *A* pide que en su oportunidad se dicte una sentencia que, según el demandado *D*, será arbitraria. Es conveniente que en el escrito de responde *D* destaque esa circunstancia y ya entonces anuncie que si en definitiva se dicta la sentencia que pide *A*, con los fundamentos que invoca u otros equivalentes, el fallo será arbitrario y él irá a la Corte.

Esta última tiene resuelto que la admisión de las pretensiones que en los juicios formulan los litigantes es una contigencia siempre previsible. Por ello, si no se toma en cuenta tal criterio del Alto Tribunal y la tacha de arbitrariedad sólo aparece en el recurso extraordinario que se interponga, su planteamiento podrá ser considerado tardío. La recordada aseveración del Alto Tribunal, hecha con tal extensión, ha sido considerada excesiva y, en realidad lo es (equivale a decir que, puesto que no es imposible que el próximo invierno nieve en Buenos Aires,

es razonable que sus habitantes se preparen para esa contingencia surtiéndose de trineos y de la restante parafernalia adecuada). Con todo, nada se pierde con que los litigantes tomen en cuenta esa óptica exagerada del Alto Tribunal. Aunque, más no sea, que por una razón práctica: en el mundo de los pleitos suele ser mejor ir más allá de lo necesario que quedarse corto. Me refiero, claro está, al momento de la decisión acerca de si plantearemos o no una cuestión federal; no a la cantidad de argumentos, de variable calidad, que pueden usarse en los escritos ni a la extensión de éstos.

c) Queda por ver el problema más espinoso que plantea el recurso por arbitrariedad. Aludí tenue u oblicuamente a él poco más arriba, cuando dije que el interesado debía sostener, en su caso y oportunidad, que un eventual fallo de la Corte "sería arbitrario" en el *sentido técnico* dado por la Corte a esa palabra.

¿Cuál es ese sentido técnico? Tener eso bien en claro es el presupuesto de la parte menos sencilla de un recurso en su varie-

dad usualmente menos sencilla. Me ocuparé seguidamente de ella aunque, en lo principal, por la cómoda vía de una ineludible (auto) remisión.

¿Qué quiere decir, pues, "sentencia arbitraria" en el sentido técnico de la jurisprudencia de la Suprema Corte?

d) Aquí, como lo hice casi *ad nauseam* en páginas anteriores, aconsejaría al lector tomarse el trabajo de examinar con sus propios ojos la jurisprudencia de la Corte en que se sustenta la doctrina de la arbitrariedad o, con menor esfuerzo, examinar los fallos que desarrollaron esa doctrina a partir de fines de 1955, cuando nació con inequívoca viabilidad. O, con esfuerzo menor aún, limitar el examen de fallos a aquellos en que a partir de entonces se han acogido favorablemente impugnaciones de arbitrariedad.

Pero no voy a aconsejar eso al lector. No sólo porque la tarea le exigiría estudiar miles de fallos, cosa que, supongo, no habrá de seducirlo porque supongo que el lector no aspira a transformarse en un teórico bien documentado en

materia de arbitrariedad ni en un sólido especialista práctico en la redacción de recursos extraordinarios en tal dominio, sino que, conjeturo, todo cuánto desea es fundar un determinado recurso extraordinario para obtener la descalificación de una concreta sentencia arbitraria o, al menos, porque le vendría bien que la Corte la declarase tal.

e) No son ésas las únicas razones, ni siquiera las principales, por las que no daré esos consejos de menguante dificultad de observancia. La razón principal que tengo para no darlos es que el trabajo que demandaría seguirlos está ya en gran medida hecho, creo que bien, y sus resultados son accesibles.

f) Digo eso porque en 1967 publiqué el libro *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria* (Abeledo-Perrot), donde llevé a cabo el estudio de los fallos de la Corte descalificatorios de sentencias tachadas de arbitrarias dictados hasta fines de 1965. Hacia fines de 1983 publiqué una segunda edición, actualizada con la colaboración de Alejandro D. Carrió. La actualización cubre hasta fines de 1982.

La versión inicial me permitió determinar en la jurisprudencia de la Corte la existencia de trece familias distintas de casos, agrupadas bajo rótulos que identifican lo que llamé trece "causales de arbitrariedad" diferentes, aunque emparentadas entre sí, agrupadas parcialmente en función de los variados aspectos de la decisión afectados por diversas anomalías descalificatorias (I.- El objeto de la decisión; II.- sus fundamentos normativos; III.- sus fundamentos de hecho; IV.- sus fundamentos normativos o de hecho y el tránsito entre ambos y la decisión, y, por último, V.- los efectos de ésta).

La edición actualizada llevó a los actualizadores a reducir de trece a doce las causales de arbitrariedad surgidas de la jurisprudencia de la Corte. La reducción obedeció a que una de las familias originarias aparentemente se había extinguido.

No hemos encarado todavía una actualización que incluya los fallos posteriores a 1982. En lo que a mi concierne, no creo que en el futuro reúna las energías necesarias para llevar a cabo esa nueva labor de complementación.

g) Mi consejo al lector que quiere saber si la sentencia adversa que le interesaría ver descalificada es o no arbitraria, según la jurisprudencia de la Corte, es éste: después de haber leído bien el expediente, hay que examinar con detenimiento la edición actualizada del libro, o sus partes *a priori* relevantes. Si después le quedan dudas, no tendrá otros caminos que examinar por sí los fallos de la Corte que a partir de 1983 hayan descalificado pronunciamientos por arbitrarios y/o apoyarse en lo escrito por otros autores que, para esclarecer la doctrina de la arbitrariedad, hayan estudiado los fallos relevantes de la Corte dictados después de aquella fecha.

Otra posibilidad, por supuesto, es consultar a un colega especializado en el recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Si se sigue ese camino debe recordarse una advertencia anterior: conviene hacer la consulta tan pronto sea previsible que se avecina una sentencia arbitraria. De otro modo el especialista, aun el mejor, puede verse asfixiado por el tiempo.

E. EL RECURSO DE QUEJA

a) Aquí seré mucho más breve porque, desde hace algo menos de quince años, la preparación del recurso de queja por recurso extraordinario denegado se ha vuelto considerablemente más simple.

Antes, la jurisprudencia de la Corte exigía que la queja, como el recurso extraordinario, fuera autosuficiente, que se bastara a sí misma. Dado lo exiguo del plazo para interponerla, esa exigencia obligaba a enormes esfuerzos. Felizmente, y desde hace tiempo, éstos no son ya necesarios.

b) Ahora un recurso de queja puede reducirse a dos carillas. Es fundamental acompañar con ella copias simples de las siguientes tres piezas: 1) de la sentencia definitiva impugnada, 2) del recurso extraordinario denegado, y 3) del auto que lo denegó.

El escrito debe comenzar indicando en qué autos se presenta el recurrente quién, además, debe aclarar cuál es su personería. También, por supuesto, indicar cuál es el tribunal *a quo.*

En cuanto al fundamento de la queja basta, por lo general, con remitirse a los del recurso extraordinario denegado cuya copia, como dije, hay que acompañar.

Si el auto denegatorio contiene algún fundamento no tratado en el recurso extraordinario, la queja debe hacerse cargo de él y refutarlo.

También debe indicar la fecha de notificación de ese auto denegatorio.

c) Presentada la queja en plazo –cinco días a partir de esa notificación– conviene que el litigante vigile de cerca las actuaciones, ya que bien puede ocurrir que la Corte haya solicitado uno o más recaudos adicionales. Como la resolución que así lo dispone se notifica por nota, es posible que el recurrente crea ilusionado que su recurso ya está a estudio, cuando en realidad la Corte se halla a la espera de que se cumplimente la solicitud de recaudos y las actuaciones se encuentran en el casillero.

Esa situación no puede durar de manera indefinida. Si en el plazo de la perención de instancia en la alzada la solicitud de recau-

dos no se ha cumplido, se operará la perención de la queja y todo habrá concluido. Un final bastante deslucido de algo que, tal vez se pensó, sería una importante y crucial batalla forense.

d) Una última observación que no se refiere a los fundamentos de la queja pero que no hay que olvidar. El quejoso debe informarse en la Mesa de Entradas de la Corte cuánto hay que tributar en concepto de derecho a la queja y, por supuesto, pagar lo que sea.

V.- CONCLUSION

a) Dedicaré esta parte final a refutar brevemente una posible objeción, de alcance general, dirigida a todo el contenido de este ensayo.

Su título general, *-Cómo fundar un recurso-* puede hacer pensar que aconsejo cómo fundar todos los principales recursos procesales. Sin embargo sólo me ocupo de tres, que ya conoce el lector. ¿No promete el título más de lo que el trabajo ofrece?

b) Tengo dos razones principales para haber limitado de esa manera el contenido de la exposición.

1) Una es que los tres recursos que trato, uno arquetípico, el de apelación, y dos diferentemente atípicos, el de revocatoria y el extraordinario, son suficientemente representativos de la variedad de problemas que enfrenta un abogado en trance de impugnar una decisión judi-

cial adversa. Esa rica problemática puede concebiblemente permitir la extrapolación de consejos hacia dificultades que surjan al dar sustento a otros recursos distintos de los que recibieron mi atención.

2) Otra razón, ya anticipada más arriba, es que pese a que soy consciente de la importancia de otros recursos no tratados aquí (v.gr., los recursos extraordinarios locales, como el de casación y el de inaplicabilidad de ley y doctrina legal; el de inaplicabilidad de ley del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; el de revisión en sede penal del Código Procesal Criminal de la Nación, etcétera), carezco de suficiente experiencia en su manejo práctico y, por ello, no podría seriamente dar consejos acertados y útiles acerca de la mejor manera de fundarlos.

c) Para terminar recordaré que hay otros actos o actividades procesales que usualmente llamamos "recursos" sin que merezcan ese rótulo, salvo que éste encubra un supuesto trivial de mera homonimia o ambigüedad. Entre esos llamados recursos, en otro sentido de la

palabra, hay acciones judiciales tan importantes como la de *hábeas corpus* y la de amparo.

Porque estas acciones no son recursos, en la acepción que, a lo largo de todo el ensayo y recogiendo el uso predominante he dado a esa palabra, no he dicho nada en él de esos dos procedimientos judiciales, tan eficaces y valiosos, de protección de un amplísimo espectro de derechos humanos.

INDICE

Palabras previas 9

I. Introducción 15

II. El recurso de revocatoria 37

III. El recurso de apelación 47

IV. El recurso extraordinario 61

A. Dos variedades de recurso extraordinario 61

B. El recurso extraordinario en su alcance tradicional 66

1. Relación del expediente 75

2. La cuestión federal 79

2.1. Descripción precisa de la cuestión federal 79

2.2. Incidencia de la decisión de la cuestión federal en el resultado de la litis. (Relación directa) 84

2.3. Fundamentos críticos de la decisión adversa a la cuestión federal 87
3. Sentencia definitiva 97
4. Superior tribunal de la causa 98
5. Decisión adversa 99
6. Otros requisitos formales 100
6.1. Planeamiento oportuno de la cuestión federal 100
6.2. Mantenimiento de la cuestión federal 101
6.3. Suficiente fundamentación del recurso 102
C. Sobre una y otra variedad 102
D. El recurso extraordinario por sentencia arbitraria 111
E. El recurso de queja 121
V. Conclusión 125

Indice 129

Se terminó de imprimir el día 3 de junio
de 1996, en ARTES GRÁFICAS CANDIL S.R.L.,
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,
República Argentina