

XXX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

(San Juan, septiembre de 2019)

- ∞ **Comisión 4 (Civil):** Sistemas de revisión.
- ∞ **Ponente:** Ornela C. Piccinelli.
- ∞ **Dirección postal:** calle 461 C N° 2016, City Bell, Buenos Aires.
- ∞ **Teléfono:** 221 (15) 5939741
- ∞ **Dirección de correo electrónico:** piccinelli.ornela@gmail.com
- ∞ **Título del trabajo:** **La cuestión federal en sede extraordinaria local: el concepto de instancia provincial potencialmente útil, a los fines del Recurso Extraordinario Federal** (Especial referencia al caso de la provincia de Buenos Aires)
- ∞ **Ponencia:** el trabajo se propone analizar el concepto *de instancia provincial potencialmente útil a los fines del REF*, con la intención de poner de manifiesto su reformulación a partir de la proyección que la CSJN ha efectuado de la doctrina sentada en “Strada” y “Di Mascio” en pronunciamientos posteriores. Intentaremos sobre el final explicitar las razones por las que resultan descalificables los pronunciamientos del Superior Tribunal local que, mediando un recurso extraordinario admisible, rehúsan el tratamiento de la cuestión federal articulada con sustento en las normas locales que regulan las vías de impugnación o de su interpretación jurisprudencial al efecto.

**** Hago constar mi interés en participar de los Concursos elDial y AADP para jóvenes procesalistas (art. 7 del reglamento respectivo).**

**La cuestión federal en la jurisdicción extraordinaria local:
el concepto de “instancia provincial potencialmente útil” a los fines del REF.**
(Especial referencia al caso de la provincia de Buenos Aires.)

POR ORNELA CECILIA PICCINELLI

I.- Presentación.

El Encuentro Nacional que nos convoca bajo el rótulo “*Nuevos sistemas de litigación*” resulta una interesante oportunidad para repensar las estructuras que conforman el sistema de justicia en una coyuntura particular: la que implica el movimiento de reforma procesal que se viene gestando tanto en el ámbito nacional como en las diversas jurisdicciones locales del país, bajo el generalizado consenso de que la sociedad actual demanda un sistema de justicia independiente, accesible, eficaz, oportuno y transparente¹.

En ese contexto –y en el marco de esta comisión de trabajo, que alude a los “Sistemas de Revisión”– nos detendremos en una de las aristas problemáticas que plantea la impugnación extraordinaria local, como tránsito previo –y obligado– a la jurisdicción federal: la que involucra el concepto de instancia provincial *potencialmente útil o idónea* a los fines del Recurso Extraordinario Federal (en adelante: REF)².

Lo haremos con una intención deliberada: la de poner de manifiesto las razones por las cuales entendemos que resultan pasibles de la tacha de arbitrariedad (por exceso ritual manifiesto³) los pronunciamientos de los Superiores Tribunales que, con sustento en las normas locales que regulan los motivos de procedencia de las vías de impugnación extraordinarias provinciales (o en su interpretación) rehúsan el abordaje de la cuestión federal articulada en un carril diverso del que el Tribunal juzga adecuado.

Comenzaremos con una breve introducción a modo de marco teórico de la propuesta. De seguido, repasaremos las dimensiones que gobiernan la materia (constitucional, legal y jurisprudencial) intentando sintetizar muy someramente la evolución sobre el punto. El objetivo será explicitar las razones a las que hemos aludido, con especial referencia a lo que sucede en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. Sobre el final, formularemos nuestra ponencia.

¹ En la introducción del documento “Bases para la reforma de la justicia civil y comercial”, elaborado por la comisión de expertos designada en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación puede leerse: “Se señala la necesidad de una Justicia Moderna... El diagnóstico sobre las debilidades de la Justicia Civil y Comercial (en adelante “Justicia Civil”) para resolver en un tiempo razonablemente breve los conflictos, tiene un amplio consenso. También hay acuerdo sobre la necesidad de establecer una Justicia cercana a la gente, fomentar la inmediación entre el juez y las partes, evitar la delegación de funciones, concentrar la actividad procesal y evitar formalidades irrelevantes...” (véase <https://www.justicia2020.gob.ar/justicia-moderna>)

² La cuestión ha preocupado a la más calificada doctrina desde hace tiempo, y motivado interesantes cavilaciones. Al respecto puede verse, entre otros: Berizonce, Roberto O; “El control de constitucionalidad” JA, 1987–II, Pp. 764–769. Berizonce, Roberto O; “El control de constitucionalidad local en la provincia de Buenos Aires” JA, 1985–IV-, Pp. 780–789. de Lázari, E.N., “Algunos aspectos controvertidos del Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad de la Provincia de Buenos Aires”, en Revista de Derecho Procesal, N°3 (Medios de Impugnación– Recursos) Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999. Morello, Augusto M., Recursos extraordinarios, Hammurabi, segunda edición, 2001.

³ Ha señalado la CSJN que suscita cuestión federal, a pesar de referirse a cuestiones de carácter procesal ajenas al remedio del artículo 14 de la ley 48, el asunto en que la alzada ha incurrido en exceso ritual manifiesto incompatible con el acceso a la justicia y el derecho de defensa en juicio (Fallos 339:1674)

II.- Introducción.

La adopción de la forma Federal de Estado (conf. art. 1º, CN) ha determinado que en nuestro país existan ordenes estaduales diversos, con facultades propias de administración, legislación y jurisdicción diferenciadas. Merced a dicho modo de organizar el poder político, coexisten en la Argentina un Poder Judicial de la Nación (conf. art. 108, CN) y veintitrés Poderes Judiciales provinciales, estructurados según los diferentes estatutos locales (conf. arts. 5 y 121, CN). Además, a partir de la última reforma constitucional federal, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta con un status jurídico particular, que la ha dotado de su propia jurisdicción (art. 129, CN)⁴.

La CSJN ha señalado -desde antiguo- que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan todos esos tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su jurisdicción, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial⁵.

No existe en Argentina un fuero constitucional especializado al cual haya que someter la decisión de todo asunto que involucre el control de constitucionalidad. Como es sabido, merced al sistema difuso de control de constitucionalidad imperante, todos los jueces -de cualquier categoría y fuero- deben interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda⁶.

Esa coexistencia y desconcentración, entre otras dificultades, genera la necesidad de articular las vías locales aptas para esa tutela, con el carril que permita a la Máxima Instancia Federal el ejercicio de su función más eminente: la de asegurar la supremacía de la Constitución Nacional⁷.

Como advierte Sagüés, la manera de empalmar el agotamiento de los recursos locales con el REF, constituye una temática bastante compleja⁸. En lo que aquí importa señalar, si bien es el art. 14 de la ley 48 el dispositivo que regula lo atinente a la admisibilidad de la vía que permite acceder a la instancia apelada de la CSJN contra las sentencias definitivas de los tribunales locales que decidan sobre planteos constitucionales, el abastecimiento de esos recaudos no siempre ha

⁴ Recientemente, la CSJN reforzó la autonomía de la ciudad en el caso "Bazán" al decidir en el marco de un conflicto de competencia entre órganos no federales con asiento en la ciudad que era su superior Tribunal el órgano jerárquico superior que debía dirimir la contienda. Allí sostuvo que Buenos Aires es una ciudad constitucional federada. "...Ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios de provincia. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen, tanto los de "existencia necesaria" o "inexorables", cuya identificación y regulación -o la previsión de su regulación- obra en la propia Ley Fundamental (el Estado Nacional, las provincias, los municipios de provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), como los de "existencia posible" o "eventuales", aquellos cuya existencia depende de la voluntad de los sujetos inexorables (tal el caso de las regiones). Véase: Competencia CSJ 4652/2015/CS1 Bazán, Fernando s/ amenazas, del 4 de abril de 2019.

⁵ CSJN; Fallos 33:162, "Municipalidad de la capital c/ Isabel de Elortondo".

⁶ CSJN; Fallos 149:126; 254:437; 311:2478, etc.

⁷ Es que en ese esquema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la última intérprete de la Constitución Nacional, y el REF constituye la vía más significativa del ordenamiento federal para el cumplimiento de esa función. Como ha señalado el propio tribunal, el REF ha sido instituido como el instrumento genérico para el ejercicio de la función jurisdiccional más eminente de la CSJN. V. Fallos 280:228.

⁸ V. al respecto: Sagüés, Néstor Pedro; Recurso Extraordinario; Astrea, 4ta. edición, 2002. P. 393

sido una tarea sencilla. La propia CSJN ha perfilado jurisprudencialmente los contornos de cada uno de ellos, definiendo sus confines y alcances.

Nos ocuparemos aquí de una arista vinculada a uno de sus requisitos propios: el relativo al Superior Tribunal de la causa, y en ese marco, de una de sus proyecciones: la relativa al *quid* de la vía local idónea -frente a varias posibles- para que el Superior Tribunal provincial se aboque al conocimiento de la cuestión federal como tránsito obligado previo a la articulación del REF.

Vale recordar aquí -muy someramente- que en una primera etapa jurisprudencial, el carácter de superior tribunal de la causa no estaba restringido a un solo órgano, sino que por el contrario, resultaba atribuible a los tribunales de distintas instancias dentro de la jurisdicción provincial⁹, orientación que más de una vez resultó frustratoria de los derechos en juego. Sin embargo, a partir de los casos “Strada”¹⁰, “Di Mascio”¹¹ -y su progenie- se fijó la doctrina que se mantiene hasta la actualidad en relación a este punto.

En lo medular, mediante el primero de esos casos la CSJN estableció que el superior tribunal de provincia es el órgano judicial establecido como supremo por la Constitución local¹², salvo que resulte incompetente en el caso, circunstancia que no puede extraerse del carácter constitucional federal de la materia que aquél suscite. Del precedente de cita surge que para habilitar la instancia federal i) el recurrente debe agotar las vías locales sin distinguir entre carriles ordinarios y extraordinarios¹³; ii) su soslayo o tránsito deficiente obsta a la admisibilidad del REF¹⁴; iii) los tribunales superiores de provincia no puedan sustraerse al conocimiento de temas federales en el marco de los recursos locales en los que son competentes.

En Di Mascio, a su turno, juzgó que cuando en el pleito existe planteada una cuestión federal no resultan aplicables las restricciones que las leyes procesales locales instituyen para acceder por vía recursiva al Superior Tribunal de la provincia. Resolvió en ese marco que son inconstitucionales las normas legales o jurisprudenciales que impiden el acceso a una Corte Suprema provincial en un recurso determinado por razones de la materia, monto de la condena, grado de la pena o

⁹ Tribiño, Carlos; La Corte Suprema. Competencia y vías de acceso. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010. P. 320. En el pasado, los Recursos extraordinarios locales no resultaban un tránsito obligado para acceder a la instancia federal extraordinaria, en tanto “cuando se trata de recursos de extensión limitada que versan ordinariamente sobre cuestiones de derecho común o procesal, la Corte provincial no constituye el tribunal superior a los fines del REF (cfe. doct. Fallos 300:152) Sobre el punto explica Sagüés que por lo común el objetivo de esos medios de impugnación era atender asuntos de índole local distintos de una cuestión federal. Excepcionalmente cabía la interposición de REF contra la sentencia de los superiores tribunales de provincia cuando estos conocían y decidían sobre cuestiones federales, incurrieran en arbitrariedad sorpresiva o desestimaban el recurso local tratando temas de derecho federal (v. ob. cit. nota anterior, misma página; y Morello, Mario Augusto; Acerca del Superior Tribunal de la causa ED, 90-632)

¹⁰ Fallos 308:490

¹¹ Fallos 311:2478

¹² El tribunal superior de provincia es el que se halla habilitado para decidir sobre la materia que suscita la cuestión federal, u origina esta última, mediante una sentencia que dentro de la organización ritual respectiva es insusceptible de ser revisada por otro, e inclusive por el mismo (v. cdo. 4)

¹³ V. cdos. 7 y 10.

¹⁴ El punto fue especialmente aplicado en el precedente “Christou” al señalar “...que en el sub lite, el apelante no ha dado satisfacción al requisito enunciado pues no hizo uso de ninguna de las vías de impugnación extraordinarias existentes por ante la Suprema Corte de Justicia local -vgr. recursos de inaplicabilidad de ley y nulidad extraordinario (arts. 278 y 296 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires) -potencialmente aptas para considerar y resolver las cuestiones que -como federales- intenta someter a conocimiento de esta Corte, por la que concurre un defecto formal que prima facie obsta a la procedencia del recurso extraordinario deducido en esta sede. ...” (sent. 17 de febrero de 1987).

motivos análogos si tales restricciones impiden a la Corte local entrar al conocimiento de cuestiones federales que después serán materia del recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48.

Queda claro, pues, que Di Mascio modificó la doctrina Strada. Como advierte Sagüés: la muy interesante sentencia dictada en Di Mascio manifiesta ser un desarrollo del fallo “Strada”. Sin embargo en éste último la CSJN sólo obligó a agotar las instancias locales y llegar a la Corte local cuando esta fuere competente...”¹⁵, no así a conocer de la misma, aún en los casos en que carece -a estar a la regulación local- de competencia al efecto.

III. Vías locales y cuestión federal. El caso de la provincia de Buenos Aires.

La provincia de Buenos Aires -como las demás que integran la federación- en ejercicio de sus facultades reservadas, se ha dado su propia Constitución (conf. art. 1° CBA), estableciendo –en lo que aquí interesa poner de manifiesto– la existencia de un Poder Judicial, compuesto por la Suprema Corte de Justicia (SCBA), Cámaras de Apelación, jueces y demás tribunales¹⁶. En la Carta local el constituyente se ha ocupado de delinear las atribuciones que le competen a la SCBA, como cabeza del Poder Judicial local, y último custodio de su Carta Fundamental¹⁷.

En lo que al ejercicio de la jurisdicción respecta¹⁸, la SCBA detenta competencia originaria (incisos 1° –acción originaria de inconstitucionalidad, y 2° –conflictos de poderes y de competencia–) y apelada incisos 1° –recurso extraordinario de inconstitucionalidad (en adelante: REI)– y 3° –recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (RIL) y recurso extraordinario de nulidad (REN), vías de impugnación -estas últimas- que coexisten en la jurisdicción local para revisar las sentencias definitivas de los tribunales provinciales de última o única instancia por las causales constitucionalmente determinadas.

Por virtud del principio de unicidad recursiva -por el cual cada tipo de vicio tolera por regla una y solo una vía de ataque- resulta inadmisibles utilizar promiscuamente los diversos medios de impugnación previstos en la Constitución¹⁹. La vigencia de este postulado ha sido estrictamente preservada por el Superior Tribunal desde antiguo en el entendimiento de que los recursos extraordinarios tienen exigencias técnico-formales propias, de insoslayable cumplimiento que la Suprema

¹⁵ V. Sagüés, cit. Pág. 407.

¹⁶ Conf. Sección VI, Cap. I, art. 160 CBA. La ley de Organización del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires es la Número 5827, texto ordenado por Decreto N°3.702/92 y las modificaciones posteriormente introducidas.

¹⁷ Conforme surge del artículo 161 la SCBA “(1)...ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada. (2) Conoce y resuelve originaria y exclusivamente en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia y en las que se susciten entre los tribunales de justicia con motivo de su jurisdicción respectiva. (3) Conoce y resuelve en grado de apelación: a- De la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de justicia en última instancia, funden su sentencia sobre la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos; b- De la nulidad argüida contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los tribunales de justicia, cuando se alegue violación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de esta Constitución. (4) Nombra y remueve directamente los secretarios y empleados del tribunal, y a propuesta de los jueces de primera instancia, funcionarios del Ministerio Público y jueces de Paz, el personal de sus respectivas dependencias.”

¹⁸ Es válida la digresión de Giannini en cuanto a que la SCBA tiene diversas competencias constitucionalmente asignadas, señalando que la primera distinción que puede formularse es entre las atribuciones administrativas, institucionales, de superintendencia y las jurisdiccionales, stricto sensu (Giannini, Leandro; El certiorari. La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas, Editora Platense, 2016). Nos ocuparemos aquí de ésta última, particularmente en la instancia apelada.

¹⁹ cfe. Hitters, Juan C.; Técnica de los recursos ordinarios, Platense, segunda ed., 2004, p.55.

Corte no puede dejar de lado, pues de lo contrario, se infringen normas de carácter constitucional y legal que lo sustentan (arts. 161, Const. prov.; 279 y 296, C.P.C.C.)²⁰

Ahora bien, en el marco de esa interpretación es que tiene cabida el interrogante vinculado a la idoneidad de la vía local elegida: ¿cualquiera de las vías extraordinarias locales es potencialmente apta para la articulación del planteo federal como recaudo de admisibilidad previo a la instancia extraordinaria por ante la CSJN?

Conviene adelantar que -de acuerdo a una pauta consolidada en la doctrina de la casación bonaerense- entre los motivos que autorizan el recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, el de infracción a la ley resulta comprensivo del quebrantamiento de la Constitución Nacional. Por este conducto, el Alto Tribunal es juez del caso federal²¹. A través de esa vía, y con exclusión de las otras dos. En ese entendimiento, la SCBA ha sostenido inveteradamente que el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley constituye habitualmente el carril idóneo para el tratamiento de las cuestiones federales que pudieran estar involucradas, a fin de permitirle al impugnante transitar por el Superior Tribunal de la causa, como recaudo de admisibilidad del potencial remedio federal²². Consecuentemente, ha sentenciado que los agravios relativos a eventuales conculcaciones de la Constitución Nacional son ajenos al recurso extraordinario de nulidad²³ y que no puede cuestionarse a través del recurso extraordinario de inconstitucionalidad la validez de una ley nacional²⁴.

Explicando el temperamento adoptado ha advertido el Máximo Tribunal provincial que si bien la doctrina sentada en “Di Mascio” define el deber que tienen los tribunales de provincia de examinar y resolver las cuestiones federales que las partes les plantean en los recursos de que disponen para acceder a esa instancia, no menos cierto que esta regla no tiene el propósito de relevar a las partes interesadas de cumplir con todos los recaudos establecidos por las leyes de procedimientos y las prácticas jurisprudenciales asentadas y conocidas, siempre y cuando estos requisitos no se traduzcan en obstáculos insalvables y hayan sido aplicados razonablemente²⁵.

De ello se sigue que: teniendo el recurrente una vía extraordinaria apta al efecto (la del RIL) la elección de cualquiera de las restantes (REN/REI) frustra el tránsito recursivo hacia la CSJN por aplicación razonable del derecho procesal local, de cuya observancia no puede dispensarse al liti-

²⁰ Ac. 40.667, sent. del 6-VI-1989; Ac. 44.744, sent. del 13-VIII-1991; Ac. 50.193, sent. del 22-III-1994; Ac. 57.323, sent. del 13-II-1996).

²¹ Morello, Sosa, Berizzone; “Códigos Procesales de la provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y Anotados. La Ley, LEP, 4ta. edición, 2016. Tomo IV. Pág. 612.

²² Ac. 80.570, res. de 17-VII-2003; Ac. 87.203, res. de 22-IX-2004; Ac. 96.735, res. de 24-V-2006; Ac. 101.238, 5-XII-2007, entre otros pronunciamientos.

²³ SCBA, AyS 1974-I-772; 1977-I-218

²⁴ SCBA, B-26196, sentencia del 22/XI/2006

²⁵ La causa, fallada con primer voto del ministro De Lázzari, es la número P97.965, del 18 de marzo de 2015. La explicación precedió la decisión que dictó la SCBA como consecuencia del fallo de la CSJN que declaró mal denegado el REF intentado contra la sentencia que desestimó la vía de nulidad incoada en sede local fundada en la denuncia de infracciones constitucionales de naturaleza federal. La CSJN declaró la procedencia de la queja interpuesta por el recurrente en el entendimiento de que los agravios del recurrente remiten al estudio de cuestiones análogas a las examinadas y resueltas en los precedentes “Di Mascio” y “Marchal”. La decisión antecedente, descartó el Recurso Extraordinario de Nulidad en el entendimiento de que la denuncia de quebrantamiento de garantías y principios constitucionales, y las restantes consideraciones del recurrente referidas a la inconstitucionalidad de normas procesales, resultan -todas ellas- materia ajena a la vía recursiva elegida por el quejoso. Lo hizo con cita de numerosos precedentes del tribunal: P. 53.994, sent. del 3-V-1995; P. 66.051, sent. del 28-IX-1999; P. 60.967, sent. del 12-IX-2001; P. 61.807, sent. del 27-XI-2002; P. 74.210, sent. del 18-XII-2002; P. 69.250, sent. del 21-XII-2005.

gante negligente a riesgo de avanzarse indebidamente sobre la autonomía de la administración de justicia local (Art. 1 CN) y de forzar la competencia constitucionalmente atribuida al Alto Cuerpo²⁶.

En esa dirección se ha dicho que cuando en el orden provincial existe una vía precisa para atender el conocimiento de la cuestión federal que después será materia del recurso federal, debe elegirse la correcta. Si el litigante opta por una vía inadecuada para subir hasta la Suprema Corte provincial, ello podrá provocarle la imposibilidad posterior de articular útilmente el remedio federal²⁷ y la CSJN no podrá reprocharle a la local no haber tratado la cuestión constitucional²⁸.

Ello así, incluso cuando el contenido de la cuestión federal es, al mismo tiempo, idéntico al que justifica y de sustancia al planteo constitucional local. En efecto, la SCBA ha acuñado una doctrina -conteste con lo que venimos apuntando- que postula que si la sentencia que se impugna en la vía del recurso extraordinario local de inconstitucionalidad local está fundada en preceptos de la Carta Nacional como de la provincia, dicho recurso resulta improcedente²⁹. Esta posición, invariablemente sostenida fue revisada en la causa A-69.346 "Orbis Mertig San Luis S.A.I.C"³⁰, donde con cita de un antiguo voto del ministro Laborde³¹, se decidió abrir la instancia extraordinaria en el entendimiento de que los principios constitucionales nacionales involucrados en el recurso local están contemplados con idéntico contenido normativo en la Constitución de la Provincia (arts. 11 y 31), por lo que constituiría un exceso ritual manifiesto declarar su inadmisibilidad. En "Instituto Médico Constituyentes S.A.", de idéntica sustancia al anterior, se ratificó lo allí señalado³²; pero más tarde, en P.125.032, se volvió a la doctrina tradicional³³.

²⁶ Tal postura, según la SCBA, no implica controvertir lo expuesto por la Corte de Justicia de la Nación en sus precedentes (conf. Fallos: 308:490, 310:324 y 311:2478, entre otros), en cuanto a la función de guardianes de la Constitución que se les reconoce a los superiores tribunales acorde el art. 31 de la Constitución Nacional. Ello en tanto no hay un obstáculo formal o ritualista que le cierre la vía al impugnante, el que contaba con un acceso adecuado -el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley preestablecido por la letra de la Constitución local, de las disposiciones formales y la jurisprudencia del propio tribunal. (conf. doct. Fallos: 308:490, 311:2478 y causas C. 104.699, resol. del 8-IX-2010; C. 108.201, resol. del 16-III-2011). Como el Superior Tribunal nacional ha expuesto reiteradamente, la garantía de defensa no ampara la negligencia de las partes, lo que significa que quien ha tenido la oportunidad para ejercer sus derechos responde por la omisión que le es imputable (v. Fallos: 319:617, 322:73 y 327:3503, entre otros). Ver C. 116.639 del 6/VI/2012.

²⁷ Sagües. Néstor P.; El recurso extraordinario, cit. P. 411.

²⁸ Kemelmajer de Carlucci, Atribuciones de los Superiores Tribunales de provincia en Pérez Guilhou (dir.) *Derecho Público Provincial*, tomo II, p. 505.

²⁹ Uno de los fundamentos apunta que de adoptarse el temperamento opuesto, el pronunciamiento tendría un carácter teórico, abstracto o meramente declarativo ya que el fallo cuestionado conservaría los fundamentos referidos a la Constitución Nacional que -solo impugnables por la vía del RIL- le servirán de sustento. La posición ha sido invariablemente sostenida por el Tribunal cimero. en Ac. 27.247, Ac. 27.163, Ac. 27.166, Ac. 27.160, Ac. 27.162, Ac. 27.158, Ac. 27.164 y Ac. 27.168, todas del 17/7/79; y en Ac. 27.156, Ac. 27.246, Ac. 27.159, Ac. 27.167, del 24/7/79. Con otra integración y por única vez, en Ac. 35.825, "Cinturón Ecológico c. Blanyero" (sentencia 6/9/88), la tesis contraria se impuso por mayoría. Frente a la tradicional postura transcrita supra, el voto del Dr. Laborde, (al que adhirieron Cavagna Marínez, Ghione, Vivanco y Rodríguez Villar) dio un giro interpretativo y sostuvo la procedencia de la vía de impugnación; pero dicha postura fue nuevamente abandonada.

³⁰ Sentencia del 22/8/2012. Suscriben el decisorio los ministros Petigiani, Negri, Kogan y Soria. La parte actora había deducido recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara que declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 5° de la ley 13.405, con basamento en normas de la Constitución local, como de la constitución Federal. El recurso, a su vez, denunciaba infracciones a sendas Cartas, pues las tutelas invocadas eran sustancialmente análogas en una y otra. A propósito de este tema en particular puede verse nuestro trabajo "El recurso extraordinario de inconstitucionalidad en la doctrina legal de la SCBA" disponible en https://www.academia.edu/11472575/El_recurso_extraordinario_de_inconstitucionalidad_en_la_doctrina_legal_de_la_SCBA

³¹ En la causa Ac. 35.825, sent. 6-IX-1988, "Acuerdos y Sentencias", 1988-III-221, que hemos citado antes.

³² SCBA, A. 70.155, res. 23/12/2013.

³³ Allí sostuvo, frente al recurso de inconstitucionalidad local que el confornte de una norma de fondo con derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional es una temática ajena al remedio intentado, pese a que la recurrente había señalado especialmente que la totalidad de los derechos y garantías contenidos en la CN incluso aquellos que han ingresado por vía de los tratados internacionales son receptados por la constitución de la provincia a través de su artículo 11, por lo que la ley impugnada es inconstitucional tanto respecto de la Constitución Nacional como de la Constitución provincial. La resolución de la SCBA está datada el 30 de marzo de 2016. Advertimos (sin perjuicio de volver sobre el punto en el cuerpo del trabajo) que la decisión fue revocada por la CSJN, por resultar aplicable "en lo pertinente" lo resuelto en Strada y Di Mascio, con fecha 21 de noviembre de 2018 (v. CSJ 522/2017/RH1 "Araujo, Martín s/ recurso de inconstitucionalidad en causa 63902 del Tribunal de Casación Penal, sala II).

IV. CSJN: el después de Strada y Di Mascio (ampliación de su proyección)

El análisis de cualquier instituto que se proponga ha de partir de sincerar la coyuntura que se inserta. No sólo para juzgar sobre sus bondades o deficiencias, sino –más aún– para poder comprender con cabalidad sus alcances, implicancias y coherencia con el resto del sistema. Por esa razón aludimos inicialmente al hito que significó la vigencia de la doctrina sentada en “Strada”, “Di Mascio” y su progenie. A partir de allí, los Superiores locales no pueden autorestringirse con invocación de óbices formales que sustraen su competencia, frente al caso constitucional.

En la coyuntura actual hemos de plantear, con apoyo en la doctrina del Superior Tribunal de la Nación, la expansión de aquella construcción en torno de la aptitud las vías locales como recaudo de admisibilidad previo al REF.

Ocurre que, así como Di Mascio modificó parcialmente el criterio de Strada, existen pronunciamientos de la Corte Federal que indudablemente extienden la proyección de su doctrina a otros supuestos que inicialmente parecieron quedar excluidos, con base en la inidónea selección de la vía local apta. Por una cuestión de espacio sólo haremos alusión a tres de ellos:

i) En “Yapur” revocó el pronunciamiento de la SCBA que desestimó el REI interpuesto por la actora con el fundamento de que la vía utilizada no era la adecuada porque dejaba enhiestos los fundamentos de derecho nacional, solo cuestionables por la vía del RIL. La CSJN echó mano allí a la doctrina del exceso ritual manifiesto y recordó que en los casos aptos para ser conocidos por la Corte según el art. 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es indispensable en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del art. 31 de la Constitución, de modo que la legislatura local y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar con fundamentos formales el acceso a aquél órgano, en tales supuestos (v. Fallos: 311:2478)³⁴.

ii) En el conocido caso “Carrascosa” revocó nuevamente una decisión de la SCBA. La Corte local desestimó el REN interpuesto por la defensa del imputado con el fundamento en la inidoneidad de la vía elegida. El Tribunal censuró el temperamento advirtiendo que dicho rigor formal es incompatible con la necesidad de garantizar al condenado el derecho a una revisión amplia de la sentencia. No obstante las consideraciones atinentes a las garantías propias del fuero represivo volvió a recordar que en los casos aptos para ser conocidos por la vía del artículo 14 de la ley 48, la intervención del superior tribunal de provincia es indispensable en virtud de la regulación que el legislador nacional hizo del artículo 31 de la Constitución Nacional, de modo que la legislatura local

³⁴ Fallos 332:1616 (28/7/2009). En esa oportunidad, haciendo suyo el dictamen del procurador general hizo lugar a la queja señalando que sentenciador atendió a una cuestión formal, como ser el nomen iuris de la vía utilizada, en desmedro del estudio de los agravios conducentes que ponían en tela de juicio temas de derechos fundamentales llevados ante su estrado, sin dar otro basamento para ello. En efecto, –dijo– Esta argumentación es insuficiente a la luz de las particulares circunstancias de la causa apuntadas; máxime cuando no se advierte –y como se señaló, tampoco los jueces expusieron– otras razones de mayor envergadura que permitieran poner a la sentencia apelada a salvo de la tacha de arbitrariedad al decisorio atacado. Dicho rigor formal, no condice con la extrema cautela con que deben actuar los jueces cuando atienden cuestiones inherentes al derecho previsional. Máxime, apuntó, cuando el a-quo omitió pronunciarse sobre las cuestiones planteadas en orden a la aplicación e inteligencia de Tratados Internacionales en materia de discriminación, con argumentos de orden ritual.,

y la jurisprudencia de sus tribunales no pueden vedar con fundamentos formales el acceso a aquél órgano, en tales supuestos³⁵.

iii) Por último, muy recientemente en “Araujo” dejó sin efecto la decisión del Tribunal Superior local que desestimó el REI en el que se confrontó una norma local con la Constitución Nacional. Lo hizo en esta oportunidad de modo muy concreto: remitiendo en lo pertinente a lo dicho en “Strada” y “Di Mascio”³⁶.

El análisis de los pronunciamientos citados nos conduce a señalar que la proyección que la CSJN ha efectuado de la doctrina sentada en Strada y Di Mascio ha llegado a ampliar funcionalmente el ámbito de los recursos extraordinarios locales, si ellos son renuentes a incluir al derecho federal en juego, ya por virtud de cómo están regulados en la ley local, ya por efecto de la interpretación jurisprudencial efectuada por los Superiores Tribunales locales. Y aún, aprovechando un medio impugnativo previsto para otro fin³⁷.

En palabras del Superior Tribunal de la Nación: resultan pasibles de la tacha de arbitrariedad por exceso ritual manifiesto³⁸ los pronunciamientos de los Superiores Tribunales que, con sustento en las normas que regulan los motivos de procedencia de las vías de impugnación extraordinarias provinciales locales [en “Carrascosa” hizo hincapié en la restricción por conducto de su jurisprudencia], rehúsan el abordaje de la cuestión federal articulada en un carril diverso del que el Tribunal considera el adecuado³⁹.

V. PONENCIA: Razones que justifican reformular el concepto de instancia provincial potencialmente útil, a los fines del Recurso Extraordinario Federal.

Sentado lo que antecede en punto a *la ampliación del alcance de la doctrina sentada en “Strada” y “Di Mascio” en torno a la utilidad o aptitud de las vías locales a los fines del REF*, resta apuntar los motivos por los cuales consideramos que la doctrina legal de la SCBA debe ser reformulada. Lo haremos sintéticamente⁴⁰, para justificar argumentalmente la ponencia⁴¹:

³⁵ C. 382. XLIX. Carrascosa, Carlos Alberto si recurso de casación. Sentencia del 21/XI/2014. Advirtió allí que la decisión local era arbitraria, en tanto la Suprema Corte de Justicia de Provincia de Buenos Aires omitió -al amparo de un excesivo rigor formal basado en el nomen iuris de la vía utilizada y soslayando la materialidad de los agravios planteados- el control sobre la cuestión federal comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local.

³⁶ CSJN 522/2017/RH, sentencia del 21/XI/2018 cit.

³⁷ Lugones- Dug; Tribunal superior de la causa en el ámbito provincial, en LL, 1991-A—699.

³⁸ Ha señalado la CSJN que suscita cuestión federal, a pesar de referirse a cuestiones de carácter procesal ajenas al remedio del artículo 14 de la ley 48, el asunto en que la alzada ha incurrido en exceso ritual manifiesto incompatible con el acceso a la justicia y el derecho de defensa en juicio (Fallos 339:1674)

³⁹ .No obstante ello, la doctrina mayoritaria del Superior Tribunal se ha mantenido sin alteraciones. En efecto, devueltos los autos “Araujo” a la sede local, en el pronunciamiento dictado como consecuencia de la revocación la SCBA (res. del 8/5/2019) no obstante acatar lo decidido por la CSJN dejó a salvo su criterio mayoritario en punto a la naturaleza constitucional de los recursos, los supuestos en que los mismo resultan admisibles y la imposibilidad de extenderlos a supuestos no previstos remitiendo a lo resuelto en los casos P101.608 (9/10/2013) y P 97.965 (18/3/2015). En posición ampliamente minoritaria Kogan ha señalado que “las cuestiones federales merecen una respuesta más allá de los límites formales establecidos para la vía recursiva elegida, a fin de permitirle al impugnante transitar por el Superior Tribunal de la causa como recaudo de admisibilidad del potencial remedio federal (art. 14, ley 48)” proponiendo la admisión del Recurso extraordinario de nulidad (Rp 108199 I 24/06/2015; p 125923 S 31/08/2016; p 129699 S 19/09/2018; entre otros) Igual temperamento señala el doctor Negri, en posición compartida con Hitters durante el período en el que integró el Cuerpo.

⁴⁰ Somos conscientes de cada uno de los puntos apretadamente consignados merecería un desarrollo exhaustivo que excede -reglamentariamente- la extensión de este trabajo.

⁴¹ Ello, sin perjuicio de señalar que nuestra intención es contribuir al debate sobre este punto antes que presentarlos como conclusiones definitivas.

1. Razones de autoridad.

Aunque el nuestro no sea un “sistema de precedentes”, los pronunciamientos de la CSJN deben seguirse en casos análogos, salvo apartamiento justificado. En este sentido se ha advertido que “si bien la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber moral de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia salvo que proporcionen nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada”⁴². La CSJN ha puesto énfasis al señalar que su fallo “...no sólo es cosa juzgada en el caso, sino un precedente que debe ser respetado por la garantía de igualdad ante la ley, que obliga a dar igual solución a casos análogos...”⁴³. La propia SCBA –asumiendo esta línea argumental– ha resuelto que la jurisprudencia elaborada a través de la exégesis que la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectúa de la Constitución Nacional con relación a los temas federales, es vinculante. En relación a los temas no federales, dicha vinculación es sólo moral.

2. Razones que hacen a la tutela judicial eficiente y oportuna. Economía procesal.

Innegables razones de economía procesal justifican evitar la proliferación de instancias innecesarias⁴⁴. El confronto de las fechas de las resoluciones dictadas en las sucesivas intervenciones de los superiores tribunales nos eximen de cualquier argumentación al respecto, bajo un razonable entendimiento de lo que ha de entenderse por plazo razonable en el marco de la tutela judicial efectiva y oportuna.

3. El deber de declarar de oficio la inconstitucionalidad.

Los jueces de todo el país y de todas las instancias –cuánto más los de la Suprema Corte, por su función institucional– deben velar por la supremacía constitucional, absteniéndose de aplicar aquellas que se reputen inconstitucionales. A la luz de la doctrina de la CSJN⁴⁵ sobre el punto, los jueces tienen el deber de efectuar el test de constitucionalidad aún oficiosamente. Entendemos que la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una norma puede y debe hacerse cuando las circunstancias así lo exijan. El tema de la congruencia constitucional de las normas a aplicar se le plantea al juez antes y más allá de cualquier propuesta formulada por las partes⁴⁶.

Si ello es así en relación a la articulación del caso federal en general, más aún lo es en el caso que hemos expuesto vinculado a la duplicidad la cuestión constitucional. Abierta la competencia de la Corte a través del REI la cuestión local duplicada en el plano federal, impone su tratamien-

⁴² Fallos 330:4040; 332:616.

⁴³ Fallos 330:3160 y SCBA, Ac. 72.952, sentencia 02/10/02, respectivamente.

⁴⁴ MORELLO, SOSA, BERIZONCE; *Códigos...* cit. p. 881.

⁴⁵ “Mill de Pereyra, Rita Aurora c/ Provincia de Corrientes”, (sentencia del 27/9/01 L.L. 5-XII-2001) o “Rodríguez Pereyra, Jorge Luís y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios” (R. 401 XLIII, sentencia del 27/11/2 012)

⁴⁶ En ese sentido ver el voto del Dr. Negri en C–105247 Sentencia del 26/06/2013.

to. Soslayar esta declaración alegando que la vía adjetiva no resulta idónea a tales fines, o que precluyó aquella oportunidad por negligencia del recurrente, resulta un verdadero exceso ritual, como ha asumido la CSJN recientemente.

4. Un federalismo bien entendido: La reformulación propuesta se corresponde cabalmente con el debido respeto del régimen federal, por conferir a la zona de reserva jurisdiccional de las provincias la plenitud que constitucionalmente le corresponde, al reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Ley Fundamental. Es que, la exigencia de transitar exhaustivamente las instancias ordinarias y extraordinarias provinciales como recaudo de admisibilidad del remedio federal tiene como presupuesto el reconocimiento ineludible de la aptitud jurisdiccional de los tribunales provinciales para considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional⁴⁷.

5. Sobre el final lo contextual: los operadores del proceso Justo en el Paradigma actual.

Empezamos este trabajo aludiendo a los objetivos del proyecto de reforma de la Justicia 2020, de cara a abastecer los requerimientos derivados del amplio consenso en torno de la que ya no funciona. Destacamos que uno de esos puntos apunta a una necesaria y saludable simplificación recursiva⁴⁸, que asuma que el proceso ya no puede ser conducido como un juego de ficciones y habilidades en que se prescinda de la idea de Justicia intrínseca de la decisión construida.

Sobre el final, volvemos sobre las enseñanzas de un clásico. Decía CALAMANDREI:

“...las nuevas exigencias de los tiempos en que vivimos, que no consienten ya a la jurisprudencia aislarse en el empíreo de la lógica pura, depende no tanto de los dispositivos procesales, cuanto de los hombres que lo administran⁴⁹”.

⁴⁷ Fallos 311:2478. Agudamente, señaló BERIZONCE: “La importancia –no siempre advertida– de la instrumentación y sobremanera, de la aplicación del concreto del control de constitucionalidad en las sedes locales, radica esencialmente en una particularidad proveniente de la forma federal que gobierna nuestras instituciones: a los órganos jurisdiccionales locales se les confía la tutela y aseguramiento de dos ordenes normativos superpuestos aunque no contrapuestos. Mientras los jueces federales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación velan especialmente por la supremacía de la Constitución Nacional y las leyes federales, dentro del esquema básico de contralor difuso, en cambio, los tribunales provinciales tienen asignado además de la tutela de aquella preceptiva subordinante (Art. 31 CN) también y paralelamente el resguardo de la preeminencia dentro de su jurisdicción de la superioridad jerárquica propia de las normas fundamentales... Claro que tampoco se ha reparado demasiado, en general, que esa superposición de controles, en cabeza de los jueces y de los superiores tribunales locales puede –y debe– servir también a la salvaguarda de la supremacía de la Constitución Nacional. Pues resulta manifiesto que el catálogo de los derechos y demás garantías que los distintos ordenamientos pretenden asegurar es si no idéntico al menos básicamente coincidente. ¿Cómo concebir que los mecanismos de control asegurativos de la superlegalidad puedan funcionar de hecho en cada órbita dislocadamente, y lo que es peor, interpretarse en forma excluyente? (BERIZONCE, ROBERTO O; “El control de constitucionalidad” JA– 1987–TII. Pp. 764)

⁴⁸ Ha podido señalar Morello que lo más interesante, y que debe ser objeto de una más afinada reelaboración, es la superposición de los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad. En su opinión, una misma cuestión constitucional, por afectar derechos y garantías que tienen una idéntica formulación en los contextos de la Constitución Nacional y de la Provincia de Buenos Aires puede alojarse en dos continentes funcionalmente similares. Considera que el tema, que merece una investigación profunda, posee graves repercusiones prácticas, siendo a su criterio deseable, por un bien entendido principio de lealtad federal, que sea la Suprema Corte de Buenos Aires la que asuma su conocimiento y definición, “sin eludir su consideración en la no legítima creencia de que corresponde su consideración a la Corte Suprema” (ver Morello, A; Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso, Hammurabi, 1981 t. II)

⁴⁹ La cita fue tomada de GIANNINI, L. J; “ El recurso extraordinario de nulidad en la provincia de Buenos Aires. Publicado en: Revista de Derecho Procesal Rubinthal Culzoni, v. 2007-1, Nulidades, pp. 291-345